

# DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y DERECHO DEL TRABAJO<sup>™</sup>

JAVIER GÁRATE CASTRO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Santiago de Compostela*

## SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE LAS TRANSFORMACIONES DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA: 1. Una general, dinámica y exitosa expansión en aumento; 2. Buen acogimiento y amplia presencia en el sector público. Un apunte sobre las especialidades del empleo de la descentralización productiva en dicho sector. III. DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y LIBERTAD DE EMPRESA. IV. INADECUACIÓN Y DESFASE DE LA REGULACIÓN: 1. Una situación favorecida por el derecho internacional y por el derecho de la Unión Europea; 2. A vueltas con el derecho de la Unión Europea: A) *Panorama general*; B) *El caso de las subcontrataciones transnacionales*. V. PARA UNA MEJOR REGULACIÓN: 1. Introducción; 2. Una reforma técnica, de unificación y clarificación, susceptible de ser completada con nuevas medidas de tutela de los trabajadores y obligaciones a cargo de las empresas que intervienen en la descentralización: A) *La definición del supuesto de hecho a partir del objeto de la colaboración interempresarial*; B) *La mejor delimitación legal de los encargos de la "propia actividad"*; C) *Por una expresa, clara y bien coordinada precisión legal, en los encargos de la propia actividad (si se prefiere, en la descentralización productiva), del ámbito de aplicación de la responsabilidad solidaria en materia de seguridad social*; D) *La posible atribución a la empresa que descentraliza de la condición de empleadora respecto de los trabajadores adscritos a la ejecución de las actividades productivas descentralizadas*; E) *La igualación o aproximación de las condiciones de trabajo*; F) *Para embridar a las empresas multiservicios*.

## I. INTRODUCCIÓN

---

<sup>™</sup> Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación DER2015-66922-R (AEI/FEDER, UE) La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia, financiado por la Agencia Estatal de Investigación (anteriormente, por el Ministerio de Economía y Competitividad) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional. Abreviaturas: AEEE (Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo), C.c. (Código civil), C.co. (Código de comercio), BOE (Boletín Oficial del Estado), CE (Constitución española de 1978), ET (texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre), LCSP (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público), LDT (Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional), LETT (Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal), LGSS (texto refundido de la Ley general de la seguridad social, aprobado por Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre), LISOS (texto refundido sobre la Ley de infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto), LOEX (Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), LPRL (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales), LSC (Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción), OIT (Organización Internacional del Trabajo), RD (Real Decreto), RJ (*Repertorio de jurisprudencia*, de Aranzadi), STJ [sentencia del Tribunal de Justicia (Unión Europea)], STS (sentencia del Tribunal Supremo; de su Sala de lo Social, salvo que se indique otra cosa), STSJ (sentencia de Tribunal Superior de Justicia; de su Sala de lo social y comunidad autónoma que se indique), TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), TGSS (Tesorería General de la Seguridad Social), TJ [Tribunal de Justicia (Unión Europea)], TS (Tribunal Supremo, Sala de lo Social).

Aunque constante, la conexión entre el sistema empresarial de producción de bienes y prestación de servicios para el consumo y la regulación jurídica del trabajo que incorpora muestra, a lo largo del tiempo, importantes variaciones derivadas de profundos cambios tecnológicos, económicos y sociales. Desde una perspectiva secuencial, tales cambios conducen a transformaciones del sistema de producción empresarial y terminan por afectar, ya junto con éstas y en mayor o menor medida, a la organización y condiciones de disposición del trabajo y, a la postre, al régimen jurídico de su prestación. Ese orden se aprecia tanto en el propio proceso de emergencia del Derecho del Trabajo como, con carácter general, en la evolución de la regulación de las relaciones que comprende. La reacción del derecho es siempre posterior -con frecuencia bastante posterior- a los efectos que provocan sobre el factor trabajo las mutaciones del sistema de producción originadas por los referidos tipos de cambios. Tales mutaciones se desenvuelven, durante un tiempo, conforme a la preexistente regulación del trabajo, ajena a aquéllas y a sus causas y, por lo tanto, sin las soluciones más adecuadas para resolver los nuevos problemas y retos que plantean las también nuevas estrategias de organización empresarial en el campo de las relaciones laborales y del empleo.

No constituye una excepción a lo anterior la respuesta que encuentra en el Derecho del Trabajo el profundo grado de mutación del sistema de producción y de organización de la empresa originado por el recurso a técnicas susceptibles de inclusión en la denominada descentralización productiva, de cuya gran complejidad ya da cuenta, además de su carácter dinámico, la diversidad de las aludidas técnicas y el también diverso encaje jurídico de la puesta en práctica de cada una. Denominador común de todas, especies de un mismo género, es la cooperación o colaboración interempresarial o, más exactamente, para marcar su separación de la denominada descentralización interna y diferenciarlas de otros supuestos en donde se transfieren actividades cuyo resultado material no retorna a la empresa que efectúa la transferencia, la cooperación o colaboración interempresarial puesta al servicio de la segmentación de cuando precise el desarrollo adecuado de la función productiva. Se está ante técnicas caracterizadas por implicar la exteriorización de la ejecución de fases, actividades u operaciones del ciclo productivo con independencia del mayor o menor carácter básico de éstas y de que sus efectos sobre aquél sean más o menos directos y elevados, de modo que pueden muy bien formar parte de los segmentos situados en su extrarradio y no llegar a integrarse en el producto final.

Precisamente, la exteriorización de actividades se revela esencial para distinguir la descentralización productiva de otras formas de colaboración entre empresas que se ubican, a lo sumo, en su zona gris o periférica. Así sucede, por ejemplo, en la colaboración, calificable de descentralización externa de mano de obra, establecida entre las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias, que se concreta en la mera aportación de mano de obra de la primera a la segunda, para que ésta la gestione empleándola en actividades cuya realización asume directamente y adquiriendo respecto de los trabajadores cedidos la consideración de empresario laboral (art. 1.2 del ET) y las facultades organizativas que caracterizan tal posición. También en la colaboración en red definida por la constitución, por parte de las empresas involucradas, de un ente común, sin personalidad jurídica propia, que, valiéndose de los medios materiales y personales con que cuenta, propios o aportados por las aludidas empresas, se dedica al desarrollo de una actividad productiva (la ejecución de una obra, la explotación de un servicio o la realización de un suministro) que, por sus características, sería imposible o muy difícil que pudiese realizarla cada empresa por separado. Responden a esa forma de colaboración las uniones temporales de empresas<sup>1</sup>. Caso diferente es el de la colaboración en red mediante la creación de una agrupación de

---

<sup>1</sup> Ley 18/1982, de 26 de mayo.

interés económico<sup>2</sup>, en la que ya cabe apreciar la división del proceso productivo inherente a la descentralización contemplada. Aquí, el ente común, con personalidad jurídica y carácter mercantil que constituyen las empresas que colaboran en red asume la realización de actividades económicas auxiliares -que no necesariamente marginales-, de facilitación o mejora de las que llevan a cabo aquéllas (por ejemplo, consultoría, gestión de cobros, realización de estudios de mercado, realización de controles de calidad, desarrollo de nuevos productos, diseño industrial, acceso a aplicaciones informáticas o unificación de compras), sin poder sustituirlas.

Dudosos se presentan, asimismo, los supuestos de colaboración reconocibles en contratos relacionados con la comercialización o distribución de productos y servicios y, en concreto, en los de franquicia, concesión mercantil, comisión mercantil y de agencia. La solución al problema pasa por determinar en qué medida la actividad objeto del contrato se puede considerar o no, en el caso concreto y con independencia de la denominación dada a aquél, como parte de las operaciones adscribibles a la función productiva de la empresa que la cede o encarga, así como en reparar en el poder de coordinación y control que ésta retenga, también en el caso concreto, sobre el desarrollo de dicha actividad. No es descartable, pues, que quepa apreciar una descentralización productiva en el sentido aquí contemplado, relevante en el plano jurídico-laboral, como observa y admite, en relación con el contrato mercantil de agencia, la más reciente jurisprudencia de casación para la unificación de doctrina<sup>3</sup>.

Ni que decir tiene que esas y otras posibles formas de colaboración interempresarial sin descentralización productiva externa propiamente dicha también afectan a las relaciones comprendidas en el ámbito del ordenamiento jurídico-laboral; aparte de a los trabajadores propios, afectan, a veces de forma particularmente intensa, a los trabajadores de las empresas colaboradoras<sup>4</sup>. Sin embargo, la no coincidencia de sus respectivos supuestos de hecho tanto entre sí como con el supuesto de hecho propio de dicha descentralización productiva anticipa diferencias en la afectación y, por lo tanto, también en las soluciones o respuestas que ésta encuentra o pudiese encontrar en el Derecho del Trabajo.

Conforme a la propugnada concepción de la descentralización productiva, calificable de estricta, la empresa que descentraliza, cliente de la colaboradora, opta por no hacer todo o, lo que es igual, por no asumir por completo y directamente, desde el principio -ello es más fácil- o de forma sobrevenida -ello puede resultar más laborioso, por ejemplo, si requiere transmisiones de centros de actividad, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o despidos por causas económicas, organizativas, técnicas o productivas-, cuanto requiere la función productiva y pasa a depender, para elaborar los bienes o prestar los servicios que ofrece en el mercado y en relación con las actividades afectadas por el sistema de producción adoptado, de otras empresas y de su organización, con las que bien puede llegar a constituir un grupo o articularse en forma de red, o de trabajadores autónomos. Se asiste a una segmentación del proceso productivo acompañada de la encomienda de un mayor o menor número de sus operaciones o tareas, tanto nucleares como complementarias accesorias o colaterales, tanto del conjunto de las realizadas hasta entonces como nuevas,

---

<sup>2</sup> Ley 12/1991, de 29 de abril; Reglamento (CEE) nº 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE).

<sup>3</sup> Sentencias del TS de 21 de julio y 8 de noviembre de 2016 (RJ 4510 y 5873) y 26 de abril y 6 de julio de 2017 (RJ 2760 y 3516)

<sup>4</sup> Como sucede en las franquicias, cuando se impone a la empresa franquiciada importantes pautas de actuación, de imperativa observancia, respecto de los trabajadores que contrate y relativas a los criterios de selección y a la política de gestión de la mano de obra en sus más variados y relevantes aspectos (modalidades contractuales a emplear, política salarial y sistemas retributivos, procedimientos y tiempo de trabajo, etc.).

tanto permanentes como temporales, tanto estructurales como coyunturales, tanto si consisten en un resultado como en una actividad, a otras empresas o a trabajadores autónomos que acreditan especialización en ellas y que se comprometen a llevarlas a cabo aportando y organizando sus propios medios materiales y personales, estos últimos en un grado que, dependiendo de la naturaleza de las actividades descentralizadas, puede llegar a ser preponderante en comparación con los primeros. La empresa que descentraliza renuncia a realizar las aludidas operaciones recurriendo a medios materiales y a trabajadores subordinados propios (a empleo directo). En ella, una parte de la división del trabajo y, a la postre, de la producción, deja de ser empresarial y se hace interempresarial.

Detrás de la decisión de descentralizar se descubre una elección de la empresa acerca del tamaño que considera más apropiado a sus fines y sobre el límite de hasta dónde puede llegar o está dispuesta a llegar para hacer, empleando sus propios recursos materiales y personales, lo que precisa. En los casos más extremos, cabe que la empresa considere que eso que precisa es mejor conseguirlo, además de con los mínimos medios materiales propios, con la menor plantilla posible y el aprovechamiento principal -casi exclusivo- del trabajo de trabajadores contratados por empresas colaboradoras y de trabajadores autónomos. En la situación descrita, no resulta exagerado calificar de "hueca" o "vacía" a la empresa que la crea, como sucede en las empresas de la "nueva" economía que se sirven de la digitalización (de aplicaciones informáticas o de páginas web) para ofertar servicios poniendo en contacto a los clientes con los trabajadores "autónomos" encargados de prestar aquéllos<sup>5</sup>.

El riesgo que comporta la dependencia de los agentes o proveedores externos a los que se recurre, tanto más alto cuanto mayor sea la importancia o naturaleza estratégica de las actividades descentralizadas, se vuelve aceptable al establecerse con ellos un vínculo de coordinación o poder de control continuado y comprensivo de la evaluación y, en su caso, la corrección de las deficiencias apreciadas, que constituye otro de los elementos definitorios de la descentralización. En sus formas más intensas, esa coordinación continuada puede llevar a que la propia organización productiva del agente se vea subordinada a la empresa que descentraliza, sobre todo cuando ésta resulta ser su principal o, incluso, su único cliente. Característica de la denominada descentralización vertical, la indicada subordinación, que afecta, a veces intensamente, a las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores dependientes destinados a la realización de las actividades externalizadas, aún se presentará más fuerte cuando la descentralización se produzca en el seno de un grupo de empresas y, en particular, a través de filiales constituidas al efecto por la empresa matriz con el objetivo preciso de segregar y traspasar a ellas una parte de las operaciones que precisa para su actividad o negocio. Cabe que la vinculación jerárquica de las empresas colaboradoras a la empresa matriz o dominante baste para cimentar la coordinación y, por lo tanto, la subordinación que ésta pueda conllevar, de modo que no necesitarían contar con previsión en el instrumento utilizado para formalizar la colaboración.

Los expresados rasgos de la descentralización productiva se descubren en las prácticas comprendidas en el concepto de contratas y subcontratas o, mejor, usando el término con el

---

<sup>5</sup> A veces con trabajadores formalmente autónomos, en cuyo caso, de apreciarse en ellos la condición real de subordinados, ya no habría lugar a considerar que se está ante un supuesto de descentralización productiva. Supuesto típico en el que pueden concurrir elementos suficientes para declarar esa condición de trabajadores subordinados es el de los conductores que prestan un servicio de transporte ofertado mediante plataformas digitales, como la gestionada por *Uber*, respecto de la cual el TJ descubre que esta empresa "ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas" por aquéllos [sentencia de 20 de diciembre de 2017 (asunto C-434/15, *Uber Systems Spain, S.L.*), apartado 39].

que el título del art. 42 del ET se refiere a unas y a otras, de *subcontratación*. Todavía con mayor exactitud y empleando otra expresión del citado artículo, de subcontratación correspondiente a “la propia actividad”. Las dos expresiones se toman aquí en su acepción amplia. La segunda, en la acepción que se presenta *infra*, en el apartado V.2.B); la primera, en la acepción que tiene en los ámbitos de la economía y de la sociología del trabajo, así como en el mundo empresarial, versátil por dar cabida tanto a los casos de descentralización por vías contractuales como no contractuales y con independencia de que lo asumido por la empresa colaboradora consista en la aportación de un resultado o de una actividad. En la apuntada acepción, no ignorada por los Tribunales laborales a la hora de interpretar las desfasadas referencias a contratas y subcontratas que se encuentran a lo largo de la legislación laboral española<sup>6</sup>, no hay inconveniente en hacer coincidir, sin incurrir en sinécdoque, subcontratación de la propia actividad y descentralización productiva.

## **II. SOBRE LAS TRANSFORMACIONES DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA**

### **1. Una general, dinámica y exitosa expansión en aumento**

Ciertamente, el empleo de técnicas organizativas calificables de descentralización productiva de acuerdo con la expuesta concepción de ésta y, por lo tanto, de aquellas que son propias de la subcontratación, es ya antiguo. Sucede, sin embargo, que ha terminado por adquirir, por su gran propagación, el aumento de sus causas, la ampliación de su ámbito funcional y de su ámbito geográfico, que se hace transnacional, y la incorporación de nuevos tipos de técnicas formalizadas a través de también nuevos instrumentos a cuyo alumbramiento no es ajena la ingeniería jurídica, unas características muy diferentes de las que tuvo en sus etapas iniciales. Los efectos de los cambios que acaban de ser apuntados de forma tan sumaria van más allá de los puramente económicos y organizativos y se dejan sentir, por lo que aquí interesa, en el plano jurídico, en el que provocan la aparición de nuevos e importantes retos y problemas. Una buena parte de ellos surge, precisamente, en el ámbito de las relaciones que disciplina el Derecho del Trabajo o, si se quiere ser más preciso, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pues se ven concernidos, además de aspectos centrales del empleo, de la salud laboral y de los contenidos propios de las relaciones laborales individuales y colectivas, las relaciones de seguridad social. Por lo que respecta a las relaciones laborales individuales y colectivas y a la salud laboral, no es fácil encontrar instituciones y contenidos inmunes a la influencia de la descentralización productiva, lo que denota la transversalidad de ésta.

La descentralización productiva ha cambiado, y mucho, en términos cuantitativos y cualitativos. Además, el proceso de variación en modo alguno se puede dar por cerrado; por el contrario, se vislumbran e, incluso ya se aprecian nuevos cambios -también nuevos retos y problemas jurídicos en el plano de las relaciones laborales- derivados de la revolución que supone la digitalización de las empresas y la transformación digital de los procesos productivos (industria 4.0, robotización). No es imaginable un escenario en el que las relaciones de cooperación y coordinación empresarial sobre las que se sustenta la división del trabajo característica de la descentralización examinada permanezcan ajenas al influjo de esa revolución sobre las relaciones laborales y el empleo. Basta con reparar en la amplísima internacionalización de la descentralización que posibilita la digitalización productiva. Esa internacionalización hace fácil, en sumo grado, para la empresa que opte por ella, el evitar la sujeción a las responsabilidades que tendría en relación con los

---

<sup>6</sup> Así, entre otras, sentencias del TS cito. nota 3.

trabajadores subordinados de las empresas colaboradoras establecidas en el Estado desde el que opera, así como la sujeción a las limitaciones jurídicas en relación con el empleo de trabajadores autónomos ubicados en igual Estado.

Durante un tiempo, que llega, en el caso de España, hasta la década de los ochenta del pasado siglo, la descentralización productiva no ha pasado de constituir una estrategia de organización empresarial calificable de secundaria por su modesto grado de implantación en el conjunto de empresas, su utilización prácticamente limitada a las de dimensión y volumen de negocio importantes, su ausencia en la mayor parte de las actividades económicas, principalmente en las de los sectores primario y terciario o de servicios (sólo alcanzaba a tener un grado de empleo significativo en actividades como la construcción y la industria naval), su afectación a un número de operaciones o tareas no demasiado alto y, en fin, su casi exclusiva instrumentación por medio de contratos y subcontratos de obras y servicios sustentadas en tipos contractuales civiles y mercantiles clásicos y típicos<sup>7</sup>. A partir de ahí y en un período relativamente breve, se ha convertido en una fórmula utilizada de forma masiva por las empresas, incluso por las de dimensión y volumen de negocio modestos, en todos los sectores económicos y en relación con las más variadas operaciones de las diferentes fases de la función productiva, hasta el punto de resultar escasas las tareas adscribibles a dicha función que no consienten la externalización o no la hacen conveniente, concentradas en el grupo de las básicas y más lucrativas. Se recurre a la descentralización productiva, además de en los distintos momentos del proceso de elaboración de bienes o prestación de servicios, en la comercialización y distribución de unos y otros y hasta en la propia gestión o administración de la empresa. Su proceso de crecimiento es prolongado, ininterrumpido y traspasa las fronteras del Estado de establecimiento de la empresa que descentraliza. Se ha transformado, por la universalización de su empleo, en una forma de organización empresarial claramente predominante o, si se prefiere, típica.

Una expansión tan intensa como la descrita no obedece a una única causa. Contribuyen a ella un conjunto de factores complejos de diversa naturaleza u origen que pueden y suelen interactuar. Es frecuente traer a colación al respecto, sin ánimo exhaustivo, la inestabilidad e incertidumbres que acompañan a las sucesivas crisis económicas y fuerzan la adopción de nuevas estrategias de organización empresarial comprensivas de estructuras aligeradas y más flexibles que garanticen o hagan más fácil la adaptación y la supervivencia de las empresas; la necesidad de éstas de incrementar su productividad y, a la postre, su competitividad como consecuencia de la globalización de los mercados y la mayor competencia externa favorecida por la liberalización de la economía y, con ella, la pérdida de ventajas que brindaban las barreras arancelarias y otras medidas de protección de los mercados nacionales que ahora se suprimen; el acortamiento del ciclo de vida de determinados productos o negocios; el elevado coste de la maquinaria y de los procedimientos técnicos a emplear en determinadas tareas productivas, así como la aceleración de las innovaciones tecnológicas, que conducen a que no compense hacer frente a aquel coste por la imposibilidad de amortizar la inversión antes de que la maquinaria, los procedimientos y las tecnologías adquiridas queden obsoletos y haya de procederse a su sustitución; las rigideces del marco normativo laboral para la adaptación de las plantillas a los cambios económicos, técnicos, organizativos y productivos que se deben adoptar en respuesta al tipo de situaciones que se han descrito; o, en fin, la mayor facilidad para las deslocalizaciones empresariales, que propicia el traslado de actividades o fases productivas a Estados con marcos económicos y jurídicos más favorables (con legislaciones laborales

---

<sup>7</sup> Arrendamiento o ejecución de obra (o contrato de empresa; arts. 1544 y 1588 y sigs. del C.c.), arrendamiento de servicios (art. 1544 del C.c.) y comisión mercantil (arts. 244 y sigs. del C.co.).

menos protectoras), lo que enlaza con el tema de las descentralizaciones productivas transnacionales.

Desde luego, no todos los factores reseñados inciden de igual modo sobre el desarrollo experimentado por la descentralización productiva, ni tampoco ésta es homogénea en cuanto a sus efectos sobre los contenidos e instituciones que conforman las relaciones laborales, ampliamente entendidas. Si esos efectos pueden ser, en ciertos casos, positivos, por generar, por ejemplo, nuevas oportunidades de empleo o empleos de mayor cualificación, en otros se revelan, en la práctica, perversos. Así sucede, a mi juicio, en las ocasiones, en absoluto raras, en que el principal objetivo de la descentralización productiva es el aumento de la competitividad y productividad y la reducción de los costes de producción, entre ellos los derivados de la utilización de mano de obra. En semejante situación, que suele acompañar a las descentralizaciones productivas transnacionales (incluso entre Estados miembros de la Unión Europea), aunque también se da en las que no sobrepasan el ámbito territorial de un Estado, especialmente en aquellas operadas a través de empresas multiservicios, no es infrecuente que las empresas que descentralizan alcancen el objetivo perseguido disminuyendo sus plantillas y, en todo caso, aprovechándose de las peores condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores de las empresas con las que se establecen los vínculos de colaboración o de los precios inferiores pactados con trabajadores autónomos, aunque esto último nos sitúa ya, cuando esa condición de autónomos sea real, en una posición extramuros del Derecho del Trabajo que excede, pues, del objeto del presente estudio.

## **2. Buen acogimiento y amplia presencia en el sector público. Un apunte sobre las especialidades del empleo de la descentralización productiva en dicho sector**

La tipicidad de las técnicas de descentralización productiva no se limita al sector privado. La descentralización productiva también ha penetrado y cuenta ya con general y fuerte implantación en el sector público, en el que llega a estar presente en casi todas sus actividades, tanto en las precisas para el funcionamiento ordinario de las entidades que lo componen (vigilancia, limpieza de locales, mantenimiento de instalaciones y equipos, gestión administrativa, etc.) como en las precisas para dispensar a los ciudadanos las prestaciones o servicios a cargo, por ley o por asunción voluntaria, de las administraciones públicas. Sin duda, no resulta extraño a tal presencia el propósito de éstas y de sus entes instrumentales de obtener provecho de las ventajas derivadas de la contrastada mayor flexibilidad, eficacia y eficiencia del desarrollo de actividades por medio su externalización. En cualquier caso, mientras que el aprovechamiento de las aludidas ventajas puede llegar a tener carácter absoluto en el sector privado, aquí se debe conciliar, entre otras cosas, con las exigencias de objetivos sociales cuya consecución ha de orientar la actuación de las administraciones públicas.

Ciertamente, la utilización de la descentralización productiva en el sector público y en el sector privado no son equiparables. No lo son desde el momento en que en el sector público se rige por principios diferentes (la transparencia, la publicidad, la no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, la salvaguarda de la libre competencia, la incorporación de criterios y objetivos sociales, etc.), se instrumenta por muy distintas vías<sup>8</sup> y suscita particulares problemas, abundantes y complejos, en el campo de las relaciones laborales, para los que se requieren soluciones propias. No es esta la ocasión de entrar en el

---

<sup>8</sup> Contractuales (contratos de obras, de servicios, de concesión de obras, de concesión de servicios y de colaboración con empresarios particulares) y no contractuales (sistemas de cooperación pública vertical y horizontal y encargos a medios propios personificados, constituidos por personas jurídicas de derecho público o de derecho privado).

examen de esos factores del empleo de la descentralización productiva en el sector público. El asunto requiere un tratamiento amplio y monográfico que excede, con mucho, del análisis que aquí se hace sobre la descentralización productiva. Aun así, se deja constancia de tres rasgos notables de aquel empleo.

En primer lugar, la descentralización productiva ha terminado por contar en el sector público con una regulación propia o especial cuyos preceptos, aunque no son incompatibles con lo dispuesto por la normativa laboral y general sobre la subcontratación y aspectos conexos, se deben coordinar oportunamente, no siempre de forma fácil, con dicha normativa, con consecuencias que se dejan sentir sobre sus efectos.

En segundo lugar, es característica sobresaliente de esa regulación, contenida en la LCSP, la importancia y normalización de que son objeto las cláusulas de naturaleza social y laboral<sup>9</sup> o, lo que es igual, aquellas que contemplan la aplicación de criterios, consideraciones y condiciones de la referida naturaleza (promoción y calidad del empleo, calidad de las condiciones de trabajo, entre ellas las salariales) en la preparación, adjudicación y ejecución de dichos contratos y, por lo tanto, de los que comportan descentralización de actividades<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> No parece discutible que el empleo de tales cláusulas se ve favorecido por las Directivas traspuestas por la referida Ley (la 2014/23/UE y la 2014/24/UE). Véase *infra*, nota 20 y texto concordante.

<sup>10</sup> Sobre el particular cabe traer a colación, entre otros preceptos de la LCSP, sus arts. 1.3. (“en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales”), 28.2 [“las entidades del sector público (...) valorarán la incorporación de consideraciones sociales (...) en los procedimientos de contratación pública”], 35.1.n [“los documentos en los que se formalicen los contratos que celebren las entidades del sector público, salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, deberán incluir, necesariamente, las siguientes menciones: (...) n) La obligación de la empresa contratista de cumplir durante todo el periodo de ejecución de contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación”], 99.4 (posibilidad de reservar alguno o algunos de los lotes en que se fraccionen el objeto del contrato “para centros especiales de empleo o para empresas de inserción”), 122.2 [“en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán (...) las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan”; también “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación”], 127.2 (exigencia, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato, de “etiquetas de tipo social”, relacionadas con “la igualdad de género” o “el cumplimiento de las convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo”), 129 (indicación, por el órgano de contratación, de los organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener información sobre las obligaciones en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y de prevención de riesgos laborales y de contratación de un número o porcentaje específico de personas con discapacidad), 145 (posibilidad de adjudicación de los contratos valorando la mejor relación calidad-precio con arreglo a criterios cualitativos que incluyan aspectos sociales, como la incorporación, entre los trabajadores a asignar a la ejecución del contrato, “de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables”; la subcontratación con centros especiales de empleo o empresas de inserción; el mayor número de personas que se contratarán para la ejecución de dicho contrato; los planes de igualdad que se aplicarán en tal ejecución; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; etc.), 147 (criterios sociales de adjudicación utilizables para resolver el empate entre diversas ofertas), 192 (posibilidad de prever “penalizaciones” para el supuesto de incumplimiento de los compromisos contraídos por el contratista en materia social o laboral), 201 [adopción, por los órganos de contratación, de “las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia (...) social o laboral”]; aplicación de las “penalizaciones” contempladas en el art. 192 a “los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa”], 202.2 (posibilidad de los órganos de contratación de establecer condiciones especiales de tipo social en relación con la ejecución del contrato) y 211 (resolución del contrato por el incumplimiento, por parte del contratista, durante la ejecución de aquél y en relación con los



Por último, no cabe dejar de destacar la atención que merecen, de un lado, las medidas de aseguramiento del pago de las obligaciones salariales y de seguridad social contraídas por el contratista en relación con los trabajadores adscritos a la ejecución de la prestación objeto del contrato<sup>11</sup> y, de otro, la subrogación en los contratos de trabajo de tales trabajadores por parte de la nueva empresa adjudicataria de la actividad de que se trate<sup>12</sup> o de la administración pública que pase hacerse cargo directamente de ella (reversión de la actividad externalizada). En relación con este último supuesto, la previsión del art. 130.3 de la LCSP, que hace obligada subrogación “si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”, no parece difícil de casar con la contenida en el art. 308.2 de igual texto legal, según el cual “a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante”. Ese segundo precepto no afecta a la subsistencia de la obligación de subrogación; únicamente impide que su cumplimiento, cuando proceda, pueda conducir a que los trabajadores incorporados a la entidad pública contratante adquieran la condición de personal laboral fijo. No adquiriendo tal condición, no se produce la consolidación prohibida.

Gran dificultad presenta, en cambio, la conciliación de ambos preceptos con la disposición adicional vigésima sexta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2017, que prohíbe, con vigencia indefinida, que “los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las administraciones públicas” puedan ser considerados empleados públicos e incorporados en dicha condición a la administración pública o entidad de derecho público que asuma directamente la prestación objeto del correspondiente contrato. Tampoco es fácil de conciliar con semejante prohibición la precisión, hecha en la misma disposición adicional, de que a tales trabajadores les será “de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral”. Sin perjuicio de la interpretación judicial que termine por imponerse respecto de un

---

trabajadores que estuvieran participando en ella, del pago de los salarios o “de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor”).

<sup>11</sup> Forman parte del indicado tipo de medidas las descritas en el art. 130.6 (véase nota siguiente) y en el art. 198.7 (“sin perjuicio de lo establecido en las normas tributarias y de la seguridad social, los abonos a cuenta que procedan por la ejecución del contrato”, podrán ser embargados “para el pago de los salarios devengados por el personal del contratista en la ejecución del contrato y de las cuotas sociales derivadas de los mismos”). Aunque no encaje propiamente en tales medidas, favorece o facilita el pago contemplado la obligación de la administración, en los casos de suspensión del contrato por ella o por el contratista (por demora superior a cuatro meses en el abono del precio convenido por la prestación realizada), de abonar a éste, en concepto de daños y perjuicios, los “gastos salariales del personal que necesariamente deba quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión” (art. 208.2).

<sup>12</sup> Así, art. 130.1, 2 y 6 [facilitación a los licitadores, por el órgano de contratación, de “información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores en los que hayan de subrogarse” en virtud de disposición legal o de convenio colectivo; obligación de la empresa contratista “de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución” de la prestación objeto del contrato cuando el anterior adjudicatario haya sido un centro especial de empleo; necesaria inclusión, en el pliego de cláusulas administrativas particulares, “de la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último” (para ser conforme al derecho de la Unión y, en concreto, al art. 3.1 de la Directiva 2001/23/CE, tal exención de la responsabilidad del nuevo contratista no sería aplicable en los casos de subrogaciones comprendidos en dicha Directiva; se limitaría a los supuestos de subrogaciones producidas en virtud de convenio colectivo); retención, para garantizar el pago de los citados salarios, de las cantidades que la Administración deba al contratista, así como “no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos”].

conjunto normativo de efectos tan poco claros, creo que los arts. 130.3 y 308.2 de la LCSP, que es posterior y especial, permiten descartar que la disposición adicional vigésima sexta de la Ley 3/2017 pretenda introducir un nuevo tipo de trabajador al servicio de la administración pública, de aplicación limitada a los casos en que ésta deba subrogarse en el correspondiente contrato de trabajo: el del personal laboral incorporado a ella sin condición de empleado público. Una interpretación sistemática de aquellos preceptos de la LCSP y de la citada disposición adicional permite considerar que los trabajadores en cuyos contratos de trabajo esté obligada a subrogarse la administración o entidad pública, no pudiendo consolidarse como personal de ésta, adquirirán la condición de personal laboral por tiempo indefinido. La polémica doctrinal y judicial sobre el asunto está asegurada.

### **III. DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y LIBERTAD DE EMPRESA**

Es habitual señalar que la opción de las empresas por el empleo de fórmulas de colaboración entre ellas y, en concreto, por el recurso a las técnicas de descentralización productiva externa susceptibles de inclusión en el concepto amplio de subcontratación, encuentra cobertura en el art. 38 de la CE; en la libertad de empresa que reconoce dicho precepto<sup>13</sup> y cuyo contenido esencial, del que el legislador ordinario no puede disponer, comprende, sin duda, la facultad de cesar en las actividades empresariales. Pues bien, considerando que esa facultad se ha de entender referida, además de al cese total, al cese parcial, una de cuyas formas la constituye, precisamente, el abandono de operaciones y tareas que acompaña a la descentralización, se concluye, de modo natural y sin dificultad, de un lado, que el contenido esencial de la libertad de empresa ampara la toma del tipo de decisiones relativas a las estrategias sobre el funcionamiento de la empresa y la organización de su actividad económica que concurren en la descentralización productiva y, de otro, que existe la imposibilidad constitucional de una prohibición legal y general de ésta. Las “exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”, a las que se refiere el propio art. 38 de la CE, no podrían llegar a justificar una prohibición general y absoluta de la descentralización productiva; consienten, eso sí, restricciones o límites a su empleo, como son los que aparecen en la legislación ordinaria<sup>14</sup>.

La admisión legal y regulación de la descentralización productiva, incluida la de sus aspectos laborales, únicos que aquí interesan, se corresponde, sin perjuicio de las razones de otro tipo que puedan haber conducido directamente a ella, con lo que demanda el ejercicio de la libertad de empresa. Encaja en la garantía y protección de tal ejercicio que el art. 38 de la CE encomienda a los poderes públicos. Sin embargo, igual que sucede con cualquier otro derecho, no se está ante una libertad absoluta, de modo que cabe su sujeción a restricciones o límites tendentes a asegurar la compatibilidad de su ejercicio con la satisfacción de otros derechos e intereses también dignos de protección, entre los que figuran, además de los que puedan corresponder a otros sujetos o entes ajenos al negocio, como la administración tributaria y la administración de la seguridad social, los derechos e intereses de los trabajadores.

Por supuesto, los aludidos derechos e intereses de los trabajadores justificativos de restricciones a la descentralización productiva comprenden los pertenecientes a la categoría de los trabajadores dependientes, únicos a los que se dirige y ciñe la tutela que dispensa el

---

<sup>13</sup> Igual que el art. 16 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, aunque en él se precisa que el reconocimiento se produce “de conformidad con el derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales” que, en el caso español, es tanto como de conformidad con el art. 38 de la CE y lo que este precepto implica en relación con las limitaciones al ejercicio del derecho que pueda establecer la normativa “infraconstitucional”.

<sup>14</sup> Cfr. art. 54 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

Derecho del Trabajo y cuya vulnerabilidad aumenta, según enseña la experiencia, cuando se ven involucrados en relaciones triangulares, como son las que aparecen en la descentralización productiva. Ahora bien, aunque la exposición que aquí se hace se construya sobre la protección de que es acreedor tan importante grupo de trabajadores, no me parece ocioso señalar que también son dignos de tutela los intereses de otro grupo de trabajadores que participan en los procesos de descentralización de forma distinta, manteniendo una relación jurídica extralaboral con la empresa que descentraliza, a la que se comprometen a aportar, como objeto directo del contrato que da origen a tal relación, bien un cierto resultado, a cuya consecución sirve de instrumento su actividad o trabajo (o, en su caso, el trabajo de algún trabajador dependiente que hubiese contratado), bien una actividad en sí misma considerada. Se trata, obviamente, del grupo formado por los trabajadores autónomos y, dentro de esa categoría, de los autónomos "económicamente dependientes". Su general posición de debilidad en la relación que mantienen con la empresa que descentraliza valiéndose de ellos es motivo que justificaría, a mi juicio, la introducción de algunas medidas de tutela específicas más allá de las "garantías económicas" que dispone el art. 10.2 y 3 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, así como de la protección que se les dispensa en el campo de la prevención de riesgos laborales, partiendo siempre, claro está, de que su condición de autónomos sea real y no encubra una huída ilegítima del Derecho del Trabajo por parte de referida empresa, a remediar mediante la aplicación de las normas defraudadas.

#### **IV. INADECUACIÓN Y DESFASE DE LA REGULACIÓN**

A diferencia de lo que sucede en el caso de los trabajadores autónomos y las normas que disciplinan su relación con las empresas clientes, no faltan en la legislación laboral española medidas dirigidas a preservar los derechos de los trabajadores subordinados frente a posibles abusos o incumplimientos laborales de que puedan ser objeto durante la prestación de sus servicios en ejecución de la descentralización en la que colabora su empresa. Sin embargo, el conjunto de esas medidas se muestra deficiente e inadecuado, ya desde hace tiempo, para responder de forma satisfactoria a la complejidad y riqueza de situaciones que ha llegado a adquirir la descentralización productiva. Además, se anticipa ya que algunas de las aludidas medidas, de las que más adelante se tratará, se formulan en términos imprecisos y poco afortunados que permiten discutir su alcance y cuestionar su efectividad.

Aunque no permanece insensible a la afectación a que se ve sometida la posición de los trabajadores que participan en la descentralización productiva aportando la utilidad de la prestación de sus servicios, el ordenamiento jurídico-laboral español ha dejado de llevar la iniciativa prácticamente desde el principio y sus soluciones acusan desfase respecto de los requerimientos del desarrollo y de la evolución que muestra aquélla. El predicado desfase no es originario, sino sobrevenido, por falta de una cabal adaptación de la regulación a una realidad productiva que ha cambiado profundamente en comparación con la existente en el momento en que se elaboran las correspondientes disposiciones normativas, cuando la descentralización estaba ausente en muchas actividades económicas donde hoy tiene fuerte presencia y se materializaba en prestaciones de resultado, no como ahora y desde ya hace tiempo, donde son muy frecuentes los casos de descentralizaciones que demandan prestaciones de actividad (de servicios). Destinatario principal -no único- del dardo del desfase y, en definitiva, de la obsolescencia de la soluciones normativas, es el art. 42 del ET, continuista, en buena medida, sobre todo en su versión inicial de 1980, de la regulación de la subcontratación por parte del art. 19.2 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones

laborales, que, a su vez, ya era continuista de la regulación de la subcontratación por parte del art. 4 del Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre<sup>15</sup>.

En general, la regulación de las relaciones laborales sigue tomando como principal y, a veces, única referencia el modelo inicial y tradicional de organización de la producción y de la empresa, correspondiente al de empresa integrada verticalmente, y cuando pasa a atender de forma específica a cuestiones vinculadas a situaciones de descentralización productiva o subcontratación, lo hace de forma dispersa y sin constituir un sistema o conjunto estructurado de reglas y principios y, en definitiva, de garantías jurídico-laborales similar al alcanzado en otro de los supuestos de relaciones triangulares que admite el derecho, que es el de la cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal.

### **1. Una situación favorecida por el derecho internacional y por el derecho de la Unión Europea**

El mantenimiento de la situación normativa expuesta resulta favorecido, quizá, por la carencia de normas internacionales sobre la materia y también, con seguridad, ya en el plano del derecho de la Unión Europea, por la inexistencia de una intervención normativa de ésta dirigida de forma específica a atender a la protección integral de los derechos laborales de los trabajadores subordinados -de cualesquiera grupos de trabajadores subordinados- adscritos a los procesos de subcontratación. La misma ausencia de toma de iniciativa que se aprecia en el derecho español es predicable, aun con mayor motivo, de la legislación internacional y de la Unión Europea. Por muchos que sean los defectos que cabe asignar a la normativa laboral española que se ocupa del asunto, al menos existe una normativa que aplicar y criticar, cosa que no sucede en el ámbito internacional, donde los únicos resultados tangibles son los alcanzados a través de la promoción de buenas prácticas y la conclusión de acuerdos marco internacionales o globales celebrados entre una empresa multinacional y una organización sindical internacional (pueden también contar con la participación, entre otros sujetos, de sindicatos del Estado de establecimiento de la empresa multinacional de que se trate), así como de códigos de conducta. En los primeros, aquella empresa se compromete a poner los medios que hagan posible el disfrute de determinados derechos laborales y condiciones de trabajo<sup>16</sup> por los trabajadores que prestan servicios para las empresas que forman parte de su cadena mundial de suministro, lo que incluye, en ocasiones, además a sus filiales, a las empresas contratistas y a sus subcontratistas<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Por el que se establecen normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores. De acuerdo con el citado art. 4, "las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o trabajos correspondientes a su propia actividad deberán exigir a éstas que se hallen en posesión del carnet de empresa con responsabilidad, en los supuestos en que esté legalmente previsto, y que los subcontratistas estén al corriente en el pago de las cuotas de la seguridad social. En todo caso, la empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas por la subcontratista con sus trabajadores y con la seguridad social durante el período de vigencia de la subcontrata".

<sup>16</sup> Sobre materias que merecen la atención, por lo general, de convenios y recomendaciones de la OIT: prohibición del trabajo infantil y del trabajo forzoso, tiempo de trabajo, seguridad y salud laboral, salarios, reconocimientos de la libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva, supresión de prácticas discriminatorias en relación con el empleo y las condiciones de trabajo, etc.

<sup>17</sup> Así, Acuerdo marco internacional sobre derechos humanos y laborales fundamentales en la "cadena de producción" de INDITEX, suscrito en octubre de 2007 entre esta empresa y la International trade garments, leather and workers federation (ITGLWF). En ocasiones, se hace referencia a que la empresa multinacional suscriptor del acuerdo solicitará a sus proveedores y subcontratistas el cumplimiento de los convenios de la OIT que al respecto se indican [por ejemplo, capítulo 4 del Acuerdo marco mundial sobre la responsabilidad social de PSA Peugeot Citroën, "un compromiso social y sostenible sin fronteras", suscrito en 2010 entre este grupo y la Federación internacional de organizaciones de trabajadores de la metalurgia (FIOM) y la Federación europea de metalúrgicas (FEM)]; o, sin más, de las disposiciones de la OIT [Acuerdo marco entre

El procurar que las empresas con las que se mantienen relaciones de colaboración productiva garanticen a sus trabajadores unos niveles mínimos de protección laboral es también objeto de los aludidos códigos de conducta, aunque aquí el compromiso que adquiere en cada uno de ellos la empresa que lo elabora es unilateral y voluntario. Aunque los efectos de tales códigos de conducta pueden ser importantes en las descentralizaciones que se valen de empresas establecidas en Estados con incipiente o escaso desarrollo de la legislación laboral, su efectividad e influencia es menor y hasta nula cuando los procesos de descentralización se agotan en el territorio de un Estado cuya legislación laboral ya garantiza una protección superior, comprensiva de un sistema de responsabilidades que la empresa que adopta el código de conducta debe compartir con las empresas colaboradoras. Su efectividad es menor o nula salvo que añadan algo al aludido sistema de responsabilidades, como podría ser el compromiso de no subcontratar con empresas que no garanticen a los trabajadores destinados al encargo un cierto grado de aproximación de sus condiciones de trabajo a aquellas que disfrutarían si fuesen trabajadores propios.

Si se desciende al plano de la Unión Europea, las cuestiones de que se ocupa el derecho español, aparte de no resultar menores, son bastantes más que aquellas que encuentran un tratamiento indirecto en el derecho de la Unión o, aun contando con un tratamiento directo y hasta importante, éste se limita, bien a uno de los campos que aconsejan el establecimiento de garantías jurídicas de los intereses de los trabajadores de las empresas subcontratistas, bien a los supuestos de descentralización o subcontratación transnacional, dejando fuera, pues, los casos en los que la descentralización o subcontratación se realiza en el mismo Estado miembro en el que operan o tienen su establecimiento las empresas que colaboran.

La inexistencia de normas internacionales y de regulación específica europea no implica desconocimiento de la oportunidad de abordar la materia por parte de las correspondientes instituciones. Así, en el ámbito internacional, el asunto fue objeto de discusión en el seno de la OIT, en la 85ª reunión (1997) de la Conferencia Internacional del Trabajo, y dio lugar a la preparación y presentación de un proyecto de convenio y de un proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, ambos abortados en la 86ª reunión (1998). En el ámbito de la Unión Europea, cabe traer a colación la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de marzo de 2009, sobre la responsabilidad social de las empresas de subcontratación en las cadenas de producción [2008/2249(INI)], adoptada a partir del informe de igual denominación elaborado por la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. Reconociendo, como parte de su razonamiento, el auge experimentado por la subcontratación y sus "consecuencias de gran envergadura para las relaciones laborales", campo en el que "está generando algunos desequilibrios económicos y sociales entre trabajadores y podría estimular una carrera a la baja en las condiciones laborales", termina el Parlamento Europeo, entre otras cosas, invitando a los poderes públicos nacionales a que "adopten o desarrollen normas que excluyan de la contratación pública a las empresas cuando se pruebe que han infringido la legislación laboral, los convenios colectivos o los códigos de conducta", reiterando su petición a la Comisión "de que establezca un instrumento jurídico comunitario inequívoco que introduzca la responsabilidad solidaria a nivel comunitario" y subrayando "la necesidad de promover incentivos para que las empresas hagan todos los esfuerzos razonables de buena fe para evitar las infracciones de la legislación laboral por parte de los subcontratistas, como por ejemplo sistemas de certificación y códigos de conducta, incluida la información a las autoridades y la

resolución de los contratos con los subcontratistas que incurran en prácticas ilegales, con el fin de impedir que se les considere solidariamente responsables de las infracciones". La indicada petición sobre la regulación, por parte de la Comisión, de la responsabilidad solidaria figuraba ya en el punto 28 de la Resolución del Parlamento Europeo de 26 octubre 2006, sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento de trabajadores [2006/2038(INI)], pudiéndose también encontrar referencias al asunto en el punto 62 de la Resolución de 11 de julio de 2007, sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI [2007/2023(INI)].

## **2. A vueltas con el derecho de la Unión Europea**

### ***A) Panorama general***

Volviendo sobre el derecho europeo, la puesta en marcha de una intervención normativa específica abordando la tutela integral de la posición de los trabajadores adscritos a los procesos de subcontratación tendría base jurídica, sin forzar las cosas, en los ámbitos que el art. 153.1 TFUE define como propios de la política social y permitiría la armonización, por la vía del progreso, de las legislaciones nacionales sobre las técnicas de la referida protección y los contenidos de las relaciones laborales a los que deba extenderse y, de paso, la consecución de la realización del mercado interior por medio de la mejora de las condiciones de trabajo (art. 7 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores). De igual modo que la Unión ha ejercido sus competencias normativas en orden a la protección de los trabajadores en materia de transmisiones de empresas, despidos colectivos, insolvencia del empresario, información sobre las condiciones aplicables al contrato de trabajo, permiso parental, trabajo en régimen de cesión por empresas de trabajo temporal, etc., bien puede hacer lo mismo y ya está tardando en hacerlo, en relación con la regulación integral de la tutela o garantías de aquéllos en las situaciones de descentralización productiva, que no constituye una cuestión de menos trascendencia que la de algunas de las que han sido objeto de intervención normativa armonizadora.

En espera de que se produzca una intervención normativa como señalada, que podría ser escalonada y comenzar por poner orden en las auténticas actividades de suministro de mano de obra por parte de las empresas multiservicios, el derecho de la Unión cuenta con prescripciones (de *hard law*) cuyos contenidos vienen a conferir, cuando menos, una relativa protección de la posición de los trabajadores en los supuestos de subcontratación:

1) Cuando con la descentralización se transmita parte de la empresa o un centro de actividad o parte de él, en los que son de aplicación las garantías laborales que dispone la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Tales garantías resultan igualmente aplicables, de acuerdo con la jurisprudencia del TJ<sup>18</sup>, en los supuestos de sucesión en la actividad subcontratada cuya realización descansa, esencialmente, sobre la mano de obra, cuando la nueva empresa que asume dicha realización, tanto si es otra contratista como la propia empresa que hubiera descentralizado la actividad, lo hace contando con un número

---

<sup>18</sup> Véanse, entre otras muchas, sentencias de 10 de diciembre de 1998 (dos sentencias) [asuntos C-173/96 y C-247/96, *Sánchez Hidalgo y otros* (ECLI:EU:C:1998:595)], y asuntos C-127/96, C-229/96 y C-74/97, *Hernández Vidal y otros* (ECLI:EU:C:1998:594)].

significativo de los trabajadores de la empresa saliente en lugar de con los trabajadores de que dispone o mediante la contratación de nuevo personal<sup>19</sup>.

2) En el campo de la tutela de la salud laboral (así, Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo; arts. 6.4, 10.2 y 12.2, entre otros).

3) En el campo de los contratos en el sector público, objeto de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE (relativa a la adjudicación de contratos de concesión), 2014/24/UE (sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE) y 2014/25/UE (relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE), las tres de 26 de febrero de 2014. No me parece que quepa reputar ajena a cualquier tutela de los derechos de los trabajadores de las posibles empresas adjudicatarias el tipo de declaraciones que contienen, sin ánimo exhaustivo, los arts. 30.3 (a poner en relación con el anexo X), 38.5, 6 y 7, 41.2, 42.1 y 4.a) y b) de la Directiva 2014/23/UE, los arts. 18.2 (a poner en relación con el anexo X), 56.1 párrafo último, 57.2, 3 y 4.b), 69.2.d) y 3, 70 y 71.1 y 6 de la Directiva 2014/24/UE y los arts. 36.2 (a poner en relación con el anexo XIV), 76.6, 80, 87, 88.1 y 6.a) y b) de la Directiva 2014/25/UE<sup>20</sup>. Téngase en cuenta, por lo demás, que las dos últimas Directivas vienen a confirmar la posibilidad de la inclusión de cláusulas sociales en los contratos de servicio público de cabotaje marítimo dentro de un Estado miembro, prevista en el art. 4 del Reglamento (CEE) n° 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo)<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Se descarta entonces, con carácter general, que exista un traspaso comprendido en el ámbito de aplicación de la citada Directiva. Así, STJ de 20 de enero de 2011 [asunto C-463/09, *Clece, S. A.* (ECLI:EU:C:2011:24), apartado 43 y fallo]: “El artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23/CE (...) debe interpretarse en el sentido de que ésta no se aplica a una situación en la que un ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal”; véase, aplicando tal criterio, STS de 26 de septiembre de 2017, en casación para la unificación de doctrina (RJ 4273). Solución contraria merece el caso en que la contrata descansa principalmente en infraestructuras (locales) y equipamiento facilitados en su momento por la empresa que reasume la actividad objeto de aquella [véanse sentencias TJ de 20 de noviembre de 2003 (asunto C-340/01, *Carlito Abler*; ECLI:EU:C:2003:629), 26 de noviembre de 2015 (asunto C-509/14, *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF)*; ECLI:EU:C:2015:781) y 19 de octubre de 2017 (asunto C-200/16, *Securitas*; ECLI:EU:C:2017:780)].

<sup>20</sup> Lo dispuesto en los arts. 18.2, 56.1, 70 y 71.1 de la Directiva 2014/24/UE y en los arts. 36.2, 76.6, 87 y 88.1 de la Directiva 2014/25/UE concuerda con el criterio mantenido por la STJ de 17 de noviembre de 2015 [asunto C-115/14, *RegioPost* (ECLI:EU:C:2015:760)] sobre el alcance del art. 26 de la Directiva derogada 2004/18/CE. Admite el Tribunal que las disposiciones legales nacionales puedan imponer, como condición para participar en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos, el compromiso de las empresas licitadoras y de sus posibles subcontratistas, tanto nacionales como de otros Estados miembros, de pagar un salario mínimo a los trabajadores con los que ejecuten el encargo (véanse apartado 66 y fallo). Ciertamente, se asiste a un importante cambio de la posición mantenida por el Tribunal en la sentencia de 3 de abril de 2008 [asunto C-346/06, *Rüffert* (ECLI:EU:C:2008:189)], donde se concluyó (fallo) que “la Directiva 96/71/CE (...), interpretada a la luz del artículo 49 [T]CE, se opone (...) a una medida de carácter legal, adoptada por una autoridad de un Estado miembro, que exija a la entidad adjudicadora designar como adjudicatarios de contratos públicos de obras únicamente a las empresas que, en la licitación, se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios de que se trate, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la referida ejecución”.

<sup>21</sup> Tras disponer el citado artículo, en su apartado 1, que “los Estados miembros (...) podrán imponer obligaciones de servicio público, como condición para la prestación de servicios de cabotaje, a las compañías marítimas que efectúen servicios regulares con destino u origen en islas y entre islas”, incluye, en su apartado

4) En los supuestos de subcontrataciones en que se hubiera cometido infracción de la prohibición de ocupar a trabajadores nacionales de terceros países (a extranjeros) en situación irregular (sin contar la oportuna autorización). Se dispone al respecto que los Estados miembros deben velar por que la empresa que haya concertado el correspondiente encargo y todos los subcontratistas intermedios entre ella y el subcontratista infractor puedan ser considerados responsables solidarios o subsidiarios en orden al pago de las multas que proceda imponer a éste último por la referida infracción, así como de los atrasos salariales adeudados a aquellos trabajadores y, en su caso, de los costes del envío de tales atrasos al país al que hayan retornado o hayan sido devueltos. Mientras que la responsabilidad de los subcontratistas intermedios se supedita a que conocieran que el subcontratista infractor empleaba extranjeros en situación irregular, la de la empresa (o contratista) principal se hace depender de la observancia de una conducta contraria a la "diligencia" que el Derecho nacional le exija en el cumplimiento de sus obligaciones. Se ocupa de todo ello el art. 8 de la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. El mismo precepto autoriza a los Estados miembros a "establecer normas más estrictas de responsabilidad"<sup>22</sup>.

5) En los casos de prestaciones objeto de subcontrataciones que las empresas establecidas en un Estado miembro ejecuten en otro Estado miembro (o firmante del AEEE) valiéndose de trabajadores de que disponen en el primero, desplazados temporalmente al segundo. Tales subcontrataciones y desplazamientos transnacionales forman parte de uno de los supuestos de hecho objeto de las garantías jurídico-laborales dispuestas por la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía del cumplimiento de la primera. Tras su modificación por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, la LDT, ha pasado a atender también la transposición de esta segunda Directiva.

### ***B) El caso de las subcontrataciones transnacionales***

Particularmente importantes son las garantías jurídico-laborales que el derecho europeo dispone en favor de los trabajadores adscritos a las subcontrataciones transnacionales, comprendidas en el ámbito de la libre prestación de servicios. Partiendo de que no se trata de una libertad absoluta, en el camino hacia una solución definitiva, difícil, que armonice sus exigencias y los intereses del trabajador contratado en un Estado miembro que es desplazado temporalmente a otro para atender su empresa una actividad constitutiva de una prestación de servicios transnacional en el sentido del art. 1.3 de la Directiva 96/71/CE, el art. 3 de ésta obliga a dicha empresa a garantizar a aquél, mientras dure su desplazamiento y en relación con determinadas condiciones de trabajo y empleo, el disfrute de cualquiera de ellas en la forma que establezca la legislación del Estado de destino, siempre que ello resulte más favorable que lo dispuesto sobre igual condición por el contrato y la ley con arreglo a la cual se haya celebrado. Precisamente, la subcontratación transnacional de obras

---

2, entre las aludidas obligaciones, la relativa a la observancia de los requisitos aplicables "a la tripulación del buque". Sobre cuándo dicha tripulación quedará sometida a las "condiciones del Estado de acogida" en lugar de a las condiciones del Estado de pabellón del buque y cuándo las cuestiones relativas a aquélla se habrán de solventar de acuerdo con la legislación de uno u otro Estado, véase art. 3 de igual Reglamento.

<sup>22</sup> Así lo ha hecho España, al modificar, en transposición de la Directiva, por la Ley orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, el art. 55 de la LOEX.



y servicios queda comprendida en el tipo de prestación de servicios transnacional que define el art. 1.3.a) de la referida Directiva.

Sin perjuicio de la referida protección del trabajador desplazado a cargo de su empresa, la que reciba el servicio tiene o puede llegar a tener, en virtud de la legislación procedente del Estado de destino, ciertas obligaciones o responsabilidades, algunas de ellas asociadas al incumplimiento de condiciones de trabajo objeto de la que constituye obligación principal del empresario que desplaza (por ejemplo, pago del salario en cuantía inferior a la resultante de la aplicación de la legislación laboral del Estado de destino) y todas justificadas, al menos, por el aprovechamiento del trabajo de los trabajadores desplazados y ocupados en la ejecución del servicio (la subcontratación) transnacional que se hubiese concertado.

La referida posibilidad, sobre la que la Directiva 96/71/CE guarda silencio, aparece ahora prevista, en relación con las cadenas de subcontratación, en el art. 12 de la Directiva 2014/67/UE, que invita a los Estados miembros (“podrán”) a adoptar medidas “adicionales” a las que ya puedan existir con objeto de que en las cadenas de subcontratación el trabajador desplazado pueda hacer responsable “al contratista del que sea subcontratista directo el empleador o prestador de servicios contemplado en el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 96/71/CE”, además de a dicho empleador (responsabilidad solidaria) “o en su lugar” (responsabilidad subsidiaria) y “respecto a cualquier remuneración neta pendiente correspondiente a las cuantías de salario mínimo o a las cotizaciones adeudadas a fondos o instituciones comunes de los interlocutores sociales en la medida en que les sea aplicable el artículo 3” de la citada Directiva. La invitación se transforma en obligación (“los Estados miembros establecerán medidas”) en el supuesto de las cadenas de subcontratación en las actividades de la construcción que menciona el anexo I de, una vez más, la Directiva 96/71/CE. Con mayor exactitud, se transforma en la obligación de los Estados miembros de optar entre la adopción de las indicadas medidas de comunicación de la responsabilidad o la de “otras medidas de garantía del cumplimiento adecuadas (...) que permitan que, en una relación de subcontratación directa, se apliquen al contratista sanciones efectivas y proporcionadas para combatir el fraude y los abusos en aquellas situaciones en que los trabajadores desplazados tengan dificultades para hacer valer sus derechos”<sup>23</sup>.

El Real Decreto-ley 9/2017 entiende que la legislación española ya cuenta con medidas (en el art. 42 del ET, en la legislación de seguridad social, en la LSC) que cubren y transponen suficientemente lo que establece, de forma ciertamente novedosa, el citado art. 12 de la Directiva 2014/67/UE. Avala tal conclusión el hecho de que no haya introducido ninguna modificación al respecto en la LDT. Ésta se sigue ocupando del asunto en un único precepto, en los mismos términos que antes de la promulgación de la nueva Directiva, de una manera general y con regla que también es aplicable, por cierto, a las empresas usuarias que reciban en España los servicios de trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal establecidas en otro Estado. El referido precepto es la disposición adicional segunda, según la cual “las empresas usuarias y las empresas que reciban en España la prestación de servicios de los trabajadores desplazados al amparo de lo dispuesto en la presente Ley asumirán respecto de dichos trabajadores las obligaciones y responsabilidades

---

<sup>23</sup> Siempre según el citado art. 12, la comentada responsabilidad (tanto la establecida con carácter voluntario como la que se ha indicado que puede ser obligada en las aludidas actividades de la construcción) puede ser ampliada, “de manera no discriminatoria y proporcionada”, por las normas nacionales (éstas podrán establecer medidas más estrictas “sobre el ámbito y el alcance de la responsabilidad”), las cuales también podrán “eximir” de ella “al contratista [o subcontratista] que haya actuado con la diligencia debida conforme al derecho nacional” (hay que entender que esa posibilidad de exención comprende tanto la eliminación como la limitación de la responsabilidad).

previstas en la legislación española para tales supuestos, con independencia del lugar en que radique la empresa de trabajo temporal o la empresa prestataria de los servicios”.

Las obligaciones y responsabilidades que menciona la LDT no cambian por el hecho del desplazamiento. Son las mismas que las empresas afectadas por haber encargado la correspondiente prestación tendrían respecto de los trabajadores procedentes de cualquier empresa subcontratista o proveedora de servicios establecida en España. De este modo, por ejemplo, aquellas empresas habrán de cumplir las obligaciones impuestas por la normativa de prevención de riesgos laborales, como son las relativas a la coordinación de actividades empresariales (art. 24 de la LPRL y RD 171/2004, de 30 de enero); asimismo, si la prestación de servicios transnacional que hubieran concertado es instrumental de una descentralización productiva y da lugar, por lo tanto, a una contrata de la “propia actividad”, resultará de aplicación la responsabilidad solidaria que contempla el art. 42.2 del ET. El examen de la normas españolas reguladoras de las concretas obligaciones y responsabilidades laborales a cargo de las empresas que descentralizan mediante subcontratación se debe realizar, pues, teniendo en cuenta la amplitud del ámbito subjetivo que resulta de lo expuesto, que, dicho sea de paso, también incluye la asunción de iguales obligaciones y responsabilidades cuando las empresas subcontratistas que desplazan temporalmente trabajadores a España tengan su establecimiento en Estados no pertenecientes a la Unión Europea ni al AEEE (disposición adicional cuarta de la LDT).

## **V. PARA UNA MEJOR REGULACIÓN**

### **1. Introducción**

Sin duda, el estado del derecho de la Unión no justifica por completo el inmovilismo de la legislación española en relación con la regulación de importantes aspectos laborales de la subcontratación, principalmente de aquella instrumental de la descentralización productiva. No justifica que dicha regulación acuse serio desfase y haya terminado por verse desbordada por lo que hoy representa el fenómeno de la descentralización productiva en el plano de las relaciones laborales y colectivas, obligando a los tribunales laborales a recrear algunos preceptos para dar solución a cuestiones no tenidas en cuenta cuando se redactaron. No justifica que siga omitiendo cualquier clarificación relativa a las situaciones que comprende el supuesto de hecho sobre el que se construye<sup>24</sup>. No justifica que mantenga el empleo del concepto de contrata de la "propia actividad" para articular sobre él, omitiendo pautas expresas, claras y seguras que lo precisen y pongan fin a interpretaciones judiciales poco atinadas, una importante diferenciación de las obligaciones y responsabilidades laborales y de seguridad social de las empresas que descentralizan. No justifica que no haya eliminado el uso de expresiones y pautas confusas que permiten mantener posiciones bien opuestas en relación con algunos aspectos de la responsabilidad jurídico-laboral de las referidas empresas y, en concreto, de su responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de seguridad social contraídas por las empresas subcontratistas o colaboradoras. Tampoco justifica, sin que con ello termine la lista de defectos que merecerían ser enmendados, los solapamientos, huérfanos de reglas de concurrencia, entre las garantías establecidas para un caso con las fijadas para otro, la no poca dispersión de la normativa y la limitación de los avances, las modificaciones y las novedades a los

---

<sup>24</sup> Que se siga haciendo referencia, sin más, a los “empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios” (art. 42.1 del ET; art. 24.3 de la LPRL), a la “obra o industria [que] estuviera contratada” (art. 168.1 de la LGSS) o a la empresa que “concierte un contrato de prestación de obras o servicios” (art. 42.4 del ET).

contenidos que se han ido incorporando al art. 42 del ET por sucesivas leyes<sup>25</sup>, a una regulación sectorial de la subcontratación en las actividades de la construcción<sup>26</sup>, a las especiales subcontrataciones de fomento del empleo instrumentadas a través de enclaves laborales<sup>27</sup> o, en fin, a un deber del empresario de comprobar, previamente al inicio de la prestación de la actividad que subcontrate y se vaya a ejecutar de forma continuada en sus centros de trabajo, la afiliación y el alta en la seguridad social de cada uno de los trabajadores que los subcontratistas vayan a ocupar en dichos centros<sup>28</sup>. A pesar de todo ello, se debe observar una cierta prudencia a la hora de proponer qué medidas normativas sería necesario adoptar para una más apropiada organización de las relaciones laborales en las descentralizaciones productivas y alcanzar el objetivo de mejora general de las condiciones de trabajo y, en suma, de la posición laboral de los trabajadores destinados a la ejecución de las actividades descentralizadas. La apuntada prudencia aconseja aparcarse, por el momento, la toma en consideración de alguna de esas posibles medidas, como es el establecimiento de una obligación legal de igualación de condiciones, por las razones de las que doy cuenta en el apartado V.2.E).

Creo que las medidas normativas a las que acabo de aludir deberían partir, no ya de la licitud de la subcontratación instrumental de la descentralización productiva, que es algo que no admite discusión en el derecho español y en el derecho de la Unión, sino de que tal licitud es general o de la mayor amplitud y no ha de ser eliminada por el hecho de que la principal o, incluso, la única finalidad perseguida sea la obtención de un mayor beneficio tanto mediante la reducción de los costes de producción, entre ellos, los costes salariales, como mediante la reducción de aquellas otras cargas laborales inherentes a la condición de empresario parte del contrato de trabajo (según se viene entendiendo todavía dicha condición: posición de empresario ocupada por una única persona), y la sustitución, a tales efectos, en un proceso de huída, dentro de lo legalmente permitido, de las rigideces de la legislación laboral en materia de gestión de la mano de obra, del empleo propio por el de los trabajadores de las empresas subcontratistas o colaboradoras. No se trata de prohibir las subcontrataciones motivadas por la descentralización productiva, sino de aceptar su normalidad jurídica y utilizarla para legitimar y justificar un reforzamiento de las garantías laborales de los aludidos trabajadores, sin perjuicio, claro está, del establecimiento y, en su caso, mejora de las medidas que permitan el control más eficaz posible de que aquéllas no encubran, sobre todo si se valen de forma muy intensa y principal de mano de obra, una situación de cesión de trabajadores que merezca permanecer prohibida por el art. 43 del ET o, con mayor amplitud, cualquier posible elusión de obligaciones laborales a cargo, legal o convencionalmente, de las empresas participantes.

---

<sup>25</sup> En concreto, por la Ley 12/2001, de 9 de julio, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, y la Ley 13/2012, de 26 de diciembre.

<sup>26</sup> Realizada por la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, que establece, según declara su exposición de motivos, "una serie de garantías dirigidas a evitar que la falta de control en esta forma de organización productiva ocasione situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores".

<sup>27</sup> Se ocupa de ellas el RD 290/2004, de 20 de febrero. De acuerdo con su art. 1.2, "se entiende por enclave laboral el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora". El apartado 4 del mismo artículo dispone la aplicación a los enclaves laborales de lo establecido en el art. 42 del ET.

<sup>28</sup> Art. 16.5 de la LGSS. La medida procede del art. 5 del Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas, en redacción dada por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre.

## **2. Una reforma técnica, de unificación y clarificación, susceptible de ser completada con nuevas medidas de tutela de los trabajadores y obligaciones a cargo de las empresas que intervienen en las operaciones de descentralización**

Partiendo de que los muchos defectos de la regulación laboral de los procesos de descentralización productiva no hacen recomendable dejar todo como está, la actualización y mejora sustancial de dicha regulación y, en particular, el reforzamiento legal de las garantías de los trabajadores ocupados en aquellos procesos puede ser mayor o menor en función de las opciones técnico-jurídicas y de política del derecho que se sigan y de cómo se combinen.

Una de las posibilidades, ambiciosa y de calado superior al medio, es acometer una reforma de tipo técnico y de carácter unificador y clarificador de la actual regulación de la subcontratación que atienda: 1) a la precisión más exacta posible del supuesto de hecho de la vinculada a la descentralización productiva, cuya apreciación figura hoy en día abandonada a lo que terminen por decidir, con criterios cambiantes y no siempre acertados, los tribunales laborales<sup>29</sup>; y 2) al mayor rigor en la determinación de las garantías de los trabajadores y de la posición ocupada al respecto por cada una de las empresas que participan en la descentralización. Aquel supuesto de hecho debería figurar definido por la ley de forma segura y en términos tales que queden incluidas en él, sin perjuicio de resultar razonable y, por lo tanto, atendible el establecimiento de una diversificación del régimen jurídico de las aludidas garantías justificada en causas objetivas (por ejemplo, la localización de la ejecución de la actividad descentralizada, la menor importancia económica de ésta o su instrumentación por vías contractuales o no contractuales), todas las situaciones en las que concurran los elementos característicos de la descentralización productiva de acuerdo con lo indicado *supra*, en el apartado I; si la identificación segura de esas situaciones encontrara serio obstáculo para ser completa, debería comprender el mayor número de ellas. La referida reforma se podría ubicar en el ET o hacer objeto de una ley especial; en cualquiera de los dos casos, sería muy conveniente la inclusión de un precepto dedicado a proporcionar una definición nítida de cada uno de los conceptos básicos manejados por la regulación (a efectos de esta ley, se entenderá por ...; son elementos del supuesto de hecho regulado los siguientes ..., etc.), del estilo del que incorporan las normas del derecho de la Unión y del que aparece también en algunas de nuestras leyes laborales<sup>30</sup>.

Debiendo servir a la unificación de regulaciones hoy dispersas, la comentada reforma habría de incluir en el mismo texto legal el régimen de las obligaciones y responsabilidades laborales y de seguridad social<sup>31</sup> a cargo de las empresas que descentralicen actividades y de las empresas que asuman éstas. A saber, si se mantuviera el actual cuadro de aquéllas:

1) La responsabilidad solidaria por salarios y obligaciones de seguridad social del art. 42.2 del ET, específica de las contratadas de la propia actividad.

2) La responsabilidad solidaria por obligaciones “laborales” y de seguridad social en contratadas y subcontratadas en el sector de la construcción, prevista en el art. 7.2 de la LSC y

<sup>29</sup> La seguridad jurídica pide que se ahorre a los tribunales laborales la tarea de suplir con sus criterios la falta de disposiciones legales sobre el asunto y se eviten situaciones como la producida, recientemente, en relación con el contrato de agencia y la rectificación por el TS, en las sentencias citadas en la nota 3, de su criterio rechazando que la colocación de los productos en el mercado mediante dicho contrato mercantil pueda dar lugar a una contrata de la propia actividad y, por lo tanto, a la aplicación del art. 42 del ET [véanse sentencias de 15 de diciembre de 2015 (dos sentencias); RJ 6223 y 6460].

<sup>30</sup> Por ejemplo, art. 2 de la LDT y art. 3 de la LSC.

<sup>31</sup> Por lo que concierne a las obligaciones y responsabilidades en materia de salud laboral, cabría valorar la oportunidad de remitir, sin más, a lo dispuesto en la normativa específica [al art. 24 de la LPRL, a su desarrollo reglamentario (RD 171/2004, de 30 de enero) y al art. 42.3 de la LISOS].

nacida del incumplimiento de las condiciones que para contratar y subcontratar en dicho sector piden los arts. 4.2 y 5 de igual ley.

3) La responsabilidad solidaria en descentralizaciones que se sirvan de trabajadores extranjeros en situación irregular, la cual alcanza, además de al pago de la sanción económica por la infracción administrativa cometida por la empresa colaboradora, a las “demás responsabilidades” que por razón del empleo de los referidos trabajadores contraiga dicha empresa con éstos o “con las administraciones públicas” (art. 55.7 de la LOEX).

4) La responsabilidad subsidiaria (en caso de insolvencia de la empresa colaboradora) en materia de seguridad social (arts. 142.1 y 168.1 de la LGSS).

5) Los diversos deberes de comprobación y de información que aparecen en la actualidad en el art. 42.1, 3, 4 y 5 del ET, en el art. 16.5 de la LGSS y en el art. 7.1 de la LSC.

La concurrencia de tan diversas responsabilidades económicas debería estar acompañada de reglas seguras de coordinación y de determinación de las aplicables en cada caso. Desde luego, tales reglas serían más sencillas si se optase por la simplificación de la situación actual. Es más, hasta podrían ser innecesarias o quedar reducidas a la mínima expresión, por ejemplo, si se pusiera fin a la diversidad de la naturaleza de las responsabilidades y hacer a todas solidarias o subsidiarias y de contenido general homogéneo (salarios y cuotas y prestaciones de seguridad social; salarios, indemnizaciones y cuotas y prestaciones de seguridad social). Sin embargo, no parece que tan alto grado de simplificación, que no repara en si los encargos afectados pertenecen o no al ámbito de la descentralización productiva, sea razonable y aconsejable.

Sería óptimo aprovechar la reforma de que se trata para introducir nuevas garantías o medidas laborales de tutela vinculadas al lugar de ejecución de las actividades productivas descentralizadas. Tales medidas podrían ir en el sentido del que doy cuenta en el siguiente apartado. A ellas se podrían añadir otras tendentes a procurar la reducción de los niveles de precariedad en el empleo de los trabajadores, como, por ejemplo, el establecimiento, por la propia ley, de algún tipo de restricciones a la consideración de que los encargos productivos asumidos por las empresas colaboradoras autorizan su cumplimiento mediante la incorporación de trabajadores con contrato de trabajo para obra o servicio determinados de duración vinculada a la de dichos encargos, moderándose, así, el antiguo y generoso criterio judicial que admite ese uso de la indicada modalidad contractual<sup>32</sup>. También cabría la posibilidad de explorar la ampliación, con las oportunas adaptaciones, del empleo del contrato fijo de obra, existente en el sector de la construcción, a otros sectores en donde la subcontratación ya constituye, como en aquél, práctica habitual. Otra medida podría ser el adaptar el contrato por tiempo indefinido de fijo-discontinuo (art. 16 del ET) para que pueda funcionar como instrumento de incorporación de trabajadores para prestar sus servicios en sucesivas subcontrataciones o encargos que asuma su empresa. Asimismo, se podría reparar en si las empresas involucradas mantienen vínculos societarios (de grupo, de filialización) que aconsejen reforzar la tutela de los trabajadores destinados a prestar sus servicios en cualesquiera actividades productivas que una de ellas pueda haber encargado o derivado a otra.

---

<sup>32</sup> Así, entre otras muchas, sentencias del TS de 15 de enero de 1997 (RJ 497), 24 de septiembre de 1998 (RJ 8551), 8 de junio de 1999 (RJ 5209), 20 de noviembre de 2000 (RJ 2001, 1422), 22 de octubre de 2003 (RJ 8390) y 6 de marzo y 3 de abril de 2007 (RJ 3260 y 3351, respectivamente).

***A) La definición del supuesto de hecho a partir del objeto de la colaboración interempresarial***

Por lo que respecta al supuesto de hecho sometido a regulación, su identificación de se debería hacer reparando, principalmente, no en el tipo de relación, vínculo o instrumento sobre el que se sustente la colaboración interempresarial, sino en el objeto de ésta. A tales efectos, se podría poner de relieve el carácter decisivo de la asunción, por la empresa colaboradora (la habitualmente denominada contratista o subcontratista), de *funciones productivas* de la empresa que solicita aquélla de forma inicial o sobrevenida, tanto con independencia de la naturaleza nuclear o accesoria y estructural o coyuntural de esas funciones, como con independencia de si implican la aportación de un resultado o de una actividad, de modo que sólo quedarían excluidas las que aparezcan unidas a puras prestaciones de dar (compraventa), ajenas por completo a una finalidad descentralizadora. Probablemente, no sobraría una referencia expresa al poder que se reserve esa segunda empresa en orden a la coordinación y control de las funciones descentralizadas y a la necesidad de que la empresa colaboradora las ejecute aportando, de forma efectiva, los medios suficientes de que dispone y que acrediten que gestiona, asumiendo los correspondientes riesgos, la organización económica propia y estable típica de la condición de empresa real. Asimismo, tampoco estaría de más el reconocer a la empresa solicitante de la colaboración determinadas facultades de organización y control sobre los trabajadores que la empresa colaboradora destine al desarrollo de las aludidas funciones y dentro de cuyos límites no cabrá apreciar cesión prohibida, lo cual exigiría, probablemente, en aras de una mayor seguridad jurídica, una modificación del art. 43.2 del ET.

Sin perjuicio del indicado carácter central del objeto de la colaboración interempresarial, sería muy conveniente el abordar los cauces de ésta, con indicación de que su sujeción a la regulación contemplada comprende, además de las descentralizaciones instrumentadas a través de un contrato (civil, mercantil o administrativo) entre las entidades empresariales involucradas, las descentralizaciones por vías no contractuales, como las previstas en el sector público, en la LCSP<sup>33</sup>, o las que se pueden presentar en los procesos de descentralización realizados por una empresa sirviéndose de sus filiales constituidas al efecto. En relación con las vías contractuales, no se está postulando que la ley deba entrar en la tarea de identificar cada una de las posibles, típicas o atípicas. Bastaría con que se señalara que aquello que realmente determina que se esté ante el supuesto de hecho regulado no es el nombre dado al contrato empleado, sino el objeto de dicho contrato, en el que ha de aparecer, necesariamente, la mencionada asunción de la prestación de unas funciones productivas en régimen de descentralización.

Por último, la innegable relevancia del lugar de ejecución de las actividades descentralizadas, de la que ya da cuenta la regulación vigente<sup>34</sup>, debería estar acompañada de la definición del alcance de tal elemento locativo. Se trataría de establecer de forma clara:

1) Cuándo aquélla ejecución se ha de entender desarrollada en centros, locales, dependencias o lugares de trabajo de la empresa que descentraliza (la conocida como empresa "principal"), incluyéndose en estos últimos cualesquiera espacios en los que dicha empresa habría ocupado a los trabajadores de la empresa colaboradora de haberlos contratado directamente para realizar las mismas actividades.

<sup>33</sup> Véanse arts. 30 a 34, ambos incluidos; también disposición adicional cuadragésima novena.

<sup>34</sup> Así, art. 42.4, 5, 6, 7 del ET, art. 24.1.2.3 y 4 de la LPRL y art. 42.3 de la LISOS.

2) Qué efectos debe producir sobre las garantías de los aludidos trabajadores y, en definitiva, sobre las obligaciones y responsabilidades de ambas empresas el hecho de que la ejecución de las actividades descentralizadas se localice en centros, locales, dependencias o lugares de trabajo de una u otra.

La demanda del tratamiento del segundo punto se refiere a otros efectos distintos de los ya previstos actualmente en relación con la prevención de riesgos laborales<sup>35</sup>. En concreto, se refiere a la reserva de las obligaciones y responsabilidades económicas más intensas para los casos de ejecución de la actividad descentralizada en espacios o instalaciones donde desarrolle su actividad la empresa principal. También a un posible reforzamiento de los derechos de representación de los trabajadores de las empresas que intervienen en la descentralización; de llevar esos derechos más allá de lo que disponen los apartados 6 y 7 del art. 42 del ET, por ejemplo, sustituyendo la expresión compartir centro de trabajo, presupuesto actual de tales derechos, por otra que repare en el carácter móvil y difuso que pueden llegar a tener los confines de una empresa y consienta que aquellos derechos se apliquen, igualmente, cuando los centros o locales donde presten servicios los trabajadores, aunque pertenezcan a sus respectivas empresas, estén geográficamente próximos (en igual zona o polígono industrial). Tanto para este caso como para el caso en que los trabajadores compartan centro de trabajo la ley podría disponer, incluso, la constitución de un órgano de representación colectiva de todos ellos y determinar sus competencias, garantías y capacidad de obrar. Téngase en cuenta, por lo demás, que una previsión legal como la señalada, igual que la regulación actual de la representación sindical, no son obstáculo para que los sindicatos puedan decidir la constitución de secciones sindicales en igual o parecido ámbito. El ámbito de constitución de secciones sindicales no lo fija la ley -mal podría hacerlo-; su establecimiento corresponde a los propios sindicatos. Cosa distinta es que el hecho de que la ley contemple determinados ámbitos (la empresa, el centro de trabajo; art. 8.1 de la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical) favorezca su empleo. Si la ley contemplara nuevos ámbitos de constitución ajustados a la dimensión geográfica y funcional de los procesos de descentralización productiva, favorecería su empleo, sobre todo si sus previsiones incluyeran indicaciones precisas sobre los medios a disposición de las correspondientes secciones sindicales .

Es cierto que la prestación del trabajo en lugares donde desarrolle su actividad la empresa principal facilita la identificación de los trabajadores adscritos a la ejecución de la actividad descentralizada, únicos por los cuales cabe imponer obligaciones e imputar responsabilidades laborales y de seguridad social a dicha empresa. Sin embargo, no parece que la ejecución de aquella actividad en los centros o locales de la empresa colaboradora ofrezca problemas irresolubles en relación con la suficiente identificación de los referidos trabajadores, incluso en el caso de que trabajen simultáneamente en actividades descentralizadas demandadas por dos o más empresas. No parece que ofrezca el expresado tipo de problemas si la empresa colaboradora cumple de forma exacta el deber de información de que son acreedores, según los apartados 3 y 5 del art. 42 del ET, los trabajadores que destine a la ejecución del encargo y sus representantes legales, sobre todo si se tiene en cuenta que la información se ha de mantener oportunamente actualizada, pues versa sobre "la identidad del empresario principal" para el cual esos trabajadores estén prestando servicios "*en cada momento*"<sup>36</sup>. En cualquier caso, no cabe duda de que la comentada identificación se vería muy facilitada y reforzada si la ley incluyera a la empresa

---

<sup>35</sup> En el art. 24 de la LPRL, en su reglamento de desarrollo, aprobado por RD 171/2004, de 30 de enero, y en el art. 42.3 de la LISOS.

<sup>36</sup> Tanto el incumplimiento del deber de informar a los representantes de los trabajadores como a los propios trabajadores constituyen infracciones administrativas graves (art. 7.7 y 11 de la LISOS, respectivamente).

principal en la lista de acreedores de la información, por su indiscutible interés en conocer de modo seguro por cuáles trabajadores de las empresas colaboradoras asume obligaciones y responsabilidades. Dado el expresado interés, la empresa principal no debe esperar a una reforma legal para exigir a las empresas colaboradoras la identificación escrita, precisa y actualizada de los aludidos trabajadores.

***B) La mejor delimitación legal de los encargos de la "propia actividad"***

Pieza imprescindible de la reforma a la que se viene aludiendo, ambiciosa y de calado superior al medio, es una definición buena y expresa de lo que el art. 42.1 del ET denomina obras o servicios -quizás sería mejor hacer referencia a tareas u operaciones- correspondientes a la "propia actividad" de los empresarios que encarguen unas u otros. No se postula la supresión del concepto de propia actividad, utilizado por primera vez en 1970<sup>37</sup>, y, con ella, de su función, que es la de servir para construir, ya desde ese momento, un régimen específico de las obligaciones y responsabilidades a cargo de tales empresarios, más duras que las establecidas para la contratación de tareas ajenas a dicho concepto y también, por ello, al concepto de descentralización productiva.

La diversificación del régimen de obligaciones y responsabilidades según que lo encargado sea o no de la propia actividad es razonable y, en esa medida, no es rechazable. Lo que no es razonable ni admisible es la estrecha interpretación del concepto de propia actividad que han terminado por acoger, después de vacilaciones y decisiones opuestas -mejor, contradictorias- sobre supuestos idénticos o sustancialmente idénticos, los tribunales laborales y, a su frente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Me refiero, como ya sospechará el lector, al conocido criterio judicial, aplaudido por una parte de la doctrina científica, de que sólo son obras o servicios -funciones productivas descentralizadas- de la propia actividad aquellas que formen parte de las operaciones nucleares del ciclo productivo, por inherentes a él o, como también se manifiesta, por incorporarse de forma directa e inmediata a los bienes y servicios que produce u oferta la empresa que descentraliza (la empresa "principal"). Siempre según esa interpretación, que ha acabado por ser la dominante, no pertenecen a la propia actividad las tareas o funciones productivas complementarias o accesorias (la limpieza de un hospital o de un aeropuerto; el mantenimiento integral de las instalaciones, la maquinaria y los vehículos de una explotación minera; la lectura, la inspección, el mantenimiento y la sustitución de contadores; la vigilancia y seguridad privada en el interior de los locales y en los accesos a ellos; el servicio antiincendios en una refinería; el encargo de la construcción de viviendas por una empresa inmobiliaria, etc., etc.), por muy convenientes, adecuadas y hasta indispensables que sean para el apropiado desarrollo de la actividad a la que se dedique la empresa o entidad (privada o pública) que las haya encargado.

Determinando la pertenencia de las tareas a la propia actividad la sujeción a más duras obligaciones y responsabilidades (laborales, de seguridad social y en materia de salud laboral), se comprende la extraordinaria reducción del ámbito de éstas a que conduce la señalada interpretación restrictiva del requisito. Curiosamente, el reparar en esa mayor dureza ha llegado a servir de razón justificativa de semejante interpretación: puesto que el art. 42.2 del ET asocia a las descentralizaciones (a las obras o servicios) de la propia actividad mayores cargas, merece una interpretación restrictiva a alcanzar, necesariamente, por medio de la concepción igualmente restrictiva de lo que constituye propia actividad. El resultado es que la mayor parte de las descentralizaciones productivas no encajan en el

---

<sup>37</sup> Por el Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre.



concepto de propia actividad y comportan, con carácter general<sup>38</sup>, menos exigencias para la empresa que las lleva a cabo<sup>39</sup>. Dentro de las aludidas descentralizaciones figuran, precisamente, aquellas que es más necesario embridar, que son todas o casi todas las instrumentadas a través de empresas multiservicios. Se trata de descentralizaciones caracterizadas por predominar en ellas la aportación de mano de obra, encontrarse en la frontera entre la descentralización y el suministro de trabajadores -en rigor, más próximas a ésta que aquélla- y sustentarse en los ventajosos precios ofertados por dichas empresas a costa de una general baja calidad de las condiciones de trabajo de los trabajadores adscritos a los servicios cuya prestación asumen.

Expulsado del art. 42 del ET el grupo mayor de descentralizaciones productivas, se da la paradoja de que el régimen jurídico de dicho grupo es el común u ordinario frente al especial de aquel artículo. No creo que una ley cuya finalidad es la regulación general de las relaciones laborales haya pretendido introducir aquí una excepción y quedarse en la regulación especial de una institución. Creo, en cambio, que la discusión sobre el concepto de propia actividad es artificial y parte de un error de enfoque al realizar el entendimiento del concepto prescindiendo del art. 42 del ET. La indagación de lo que constituye propia actividad en el sentido de este precepto se debe realizar sin salir de él. Al final, felizmente, las descentralizaciones de actividades nucleares del ciclo productivo son un grupo más de la amplísima categoría de "obras o servicios correspondientes a la propia actividad".

Jueces y doctrina científica señalan habitualmente -yo mismo lo he hecho en el pasado- que el concepto de propia actividad constituye un concepto jurídico indeterminado. Pues bien, no lo es; se está ante un concepto jurídico susceptible de suficiente determinación a partir de la información que brinda al respecto el art. 42 del ET y, en concreto, a partir de lo que dispone el párrafo último de su apartado 2, según el cual "no habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda" o "cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial". A primera vista pudiera parecer que dicho párrafo es innecesario por disponer algo obvio que no necesita previsión alguna; si no hay empresa por medio, es claro que no puede haber propia actividad. Sin embargo, esa valoración no es correcta. Si bien se lee, el ET no contempla aquí dos casos en los que quien hace el encargo

---

<sup>38</sup> Salvo que se valgan de trabajadores extranjeros en situación irregular (véase *supra*, nota 22 y texto concordante) o se produzcan en el sector de la construcción y la contrata o subcontrata no cumpla las condiciones que establecen los arts. 4.2 y 5 de la LSC.

<sup>39</sup> En concreto: 1) su responsabilidad en materia de obligaciones de seguridad social será siempre subsidiaria (arts. 142.1 y 168.1 de la LGSS); 2) sus obligaciones en materia de salud laboral se quedarán en las que establecen los apartados 1, 2 y 4 del art. 24 de la LPRL (desarrolladas por el RD 171/2004, de 30 de enero) y, por lo tanto, no incluyen la exigente obligación que describe el apartado 3 del artículo (también desarrollada por igual RD; por su art. 10), reservada para los casos contrata o subcontrata de la propia actividad que se realice en los centros de trabajo de la empresa comitente; 3) no responderá solidariamente de las infracciones cometidas por el contratista o subcontratista durante el período de vigencia de la contrata y consistentes en "dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la seguridad social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la seguridad social con carácter previo al inicio de su actividad" (art. 23.2 de la LISOS); y 4) tampoco responderá solidariamente de las infracciones cometidas por el contratista o subcontratista por incumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por la LPRL en relación con los trabajadores "que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido" en alguno de éstos (art. 42.3 de la LISOS). Téngase en cuenta que la posible aplicación del art. 1597 del C.c. es independiente del hecho de que la contrata o subcontrata sea o no de la propia actividad.

carece de la condición de empresario<sup>40</sup> y, por lo mismo, no define dos exclusiones innecesarias de determinadas responsabilidades específicas de la descentralización de tareas de la propia actividad de una empresa. La finalidad y gran utilidad del párrafo transcrito no es otra que la de acotar cuáles son las tareas de la propia actividad a las que se refiere el apartado 1 de igual artículo y únicas que determinan, además del deber de comprobación ahí establecido, la posible aplicación de las responsabilidades descritas en su apartado 2. Se tiene entonces que:

1) Los únicos encargos que no pertenecen a la propia actividad son, cualquiera que sea su valor económico o importancia, aquellos que, por su naturaleza o por previsión legal expresa<sup>41</sup>, resulten ajenos a las exigencias de la función productiva de la empresa o entidad comitente y, por ello, al concepto de descentralización productiva. Tal es el sentido del segundo de los incisos del comentado párrafo, que establece una exclusión aclaratoria, tendente a evitar cualquier discusión sobre si se ésta o no ante encargos de la propia actividad y, por lo tanto, sobre si son o no aplicables las más amplias obligaciones y responsabilidades laborales y de seguridad social que genera para la empresa comitente la concurrencia de la expresada condición (tanto las obligaciones y responsabilidades que aparecen a lo largo del art. 42 del ET como las contenidas en los preceptos de otros textos legales). Comprende este grupo de encargos ajenos a la propia actividad, por ejemplo, la ampliación de los locales de la empresa con una o varias naves, las obras de reacondicionamiento y mejora de tales locales (instalación eléctrica, conducciones de agua, cubiertas, acristalamiento, calefacción, aire acondicionado y ventilación, vestuarios, pintura y decoración, etc.), el montaje de una nueva línea de fabricación, la reparación de los viales (asfaltado de calles y de zonas de aparcamiento, renovación de aceras, alcantarillado e iluminación) del recinto de una fábrica, la instalación inicial o la renovación de los pantalanés de amarre encargada por la empresa que gestiona un puerto deportivo, la construcción y el montaje de nuevos depósitos de almacenamiento de combustibles por una refinería de petróleo o, en fin, la gestión de un servicio de comedor, de un servicio de guardería o de un economato para los trabajadores.

2) Todas las tareas u operaciones descentralizadas, externalizadas o subcontratadas que guarden conexión con la organización y el desarrollo de la actividad productiva de una empresa pertenecen, pues, a su propia actividad, con independencia de que tengan o no carácter nuclear. La encomienda de una o varias de tales tareas u operaciones a una empresa colaboradora, sin perjuicio de originar siempre el deber de comprobación del apartado 1 del art. 42 del ET, conlleva la posible aplicación de las responsabilidades que señala el apartado 2 del mismo artículo salvo que su entidad, a medir con criterios objetivos, como el coste, precio o valor económico del encargo, no supere la entidad o el valor, coste o precio de la construcción o reparación de la vivienda particular que pueda encargar el ciudadano medio. En este punto, el primer inciso del párrafo último del citado apartado 2 establece una verdadera exclusión constitutiva de responsabilidad vinculada a las tareas u operaciones productivas (de la propia actividad, pues) de menor importancia. Se trata de una exclusión limitada, se insiste, a la responsabilidad solidaria en materia de salarios y de seguridad social; a ella se suma la exclusión que establece el art. 15.6 de la LGSS en relación con la obligación de la empresa comitente de comprobar, antes del comienzo de la ejecución del encargo, la afiliación y alta en la seguridad social de los

---

<sup>40</sup> Tampoco lo hace el art. 15.6 de la LGSS, cuando dispone que ninguno de los dos casos mencionados genera la obligación de comprobación de la afiliación y alta en la seguridad social de los trabajadores de la empresa colaboradora, prevista en el apartado 5 de igual artículo. Cuanto aquí se manifiesta respecto del párrafo último del art. 42.2 del ET es aplicable, *mutatis mutandi*, al art. 15.6 de la LGSS.

<sup>41</sup> Así, servicio de manipulación de mercancías (estiba y desestiba) en los puertos de interés general.

trabajadores destinados a aquél. No existe exclusión alguna de la aplicación de las obligaciones y responsabilidades en materia de salud laboral (art. 24 de la LPRL). De nuevo sobre la comentada exclusión que realiza el art. 42 del ET, si la ley optara por su mantenimiento debería enunciarla, no valiéndose de una figura literaria, como hasta ahora, sino refiriéndola a un importe preciso, a fijar por vía reglamentaria (por ejemplo, 150.000, 200.000 o 250.000 euros), a partir del cual las operaciones descentralizadas hacia una determinada empresa ya dan lugar a la posible sujeción a las responsabilidades solidarias que define dicho artículo. Para evitar fraudes, habría que emplear una fórmula que descuenta del referido importe el de cualquier encomienda anterior de iguales actividades, con o sin solución de continuidad, a la misma o a otra empresa colaboradora; o que impida que se pueda evitar la aplicación de aquél mediante el fraccionamiento de actividades de igual o análoga naturaleza y su reparto en varias subcontrataciones. Una solución a este tipo de problemas podría ser la de fijar un importe máximo anual para el conjunto de todas las actividades descentralizadas (por ejemplo, 500.000 euros) por encima del cual cualquier subcontrata de importe anual superior a la cantidad al efecto señalada (por ejemplo, 50.000 euros) ya pasaría a quedar sujeta, desde su inicio, a la eventual aplicación de la responsabilidad solidaria que contempla el art. 42.2 del ET.

La expuesta interpretación de la propia actividad, sobre cuya obligada observancia la ley debe despejar cualquier duda, refuerza, por sí misma, la posición de los trabajadores allí donde aparecen obligaciones y responsabilidades de la empresa comitente vinculadas al concepto.

***C) Por una expresa, clara y bien coordinada determinación legal, en los encargos de la propia actividad (si se prefiere, en la descentralización productiva), del ámbito de aplicación de la responsabilidad solidaria en materia de seguridad social***

La aplicación de la responsabilidad solidaria contemplada y su apropiada coordinación con la general responsabilidad subsidiaria que para igual materia establece la LGSS es cuestión vieja y polémica a la que ya debería haber puesto fin la ley. Aunque el propio art. 42 del ET contiene los elementos para la satisfactoria solución de la cuestión, éstos aparecen enunciados de forma muy desafortunada, no compatible con la seguridad jurídica. Bastaría con emplear términos más claros para hacer luz sobre esa solución.

De acuerdo con el art. 42.2 del ET, la empresa comitente responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial y de las obligaciones de seguridad social que contraiga cada empresa colaboradora con los trabajadores que hayan destinado a un encargo de la propia actividad de aquélla. De las segundas responderá, siempre que no hubieran ya prescrito o caducado, hasta los tres años siguientes a la terminación del encargo; de las primeras, siempre que no hubieran ya prescrito, durante el año siguiente a dicha terminación. Pues bien, mientras que la responsabilidad solidaria por obligaciones de naturaleza salarial es inevitable, la asociada a las obligaciones de seguridad social se puede evitar. Tal es la conclusión, razonable, que arroja la lectura reiterada y atenta y la interpretación sistemática de los apartados 1 y 2 del art. 42 del ET y del apartado 1 del art. 42 de la LISOS.

Dos son los pasos a dar por la empresa comitente para quedar libre de esa segunda responsabilidad. El primero, comprobar, como le ordena el apartado 1 del art. 42 del ET, que las empresas de cuya colaboración se pretenda servir “están al corriente en el pago de las cuotas de la seguridad social”. El segundo, implícito en el propio precepto, no hacer efectiva la colaboración cuando la comprobación muestre el impago de cuotas. Para

cumplir el primer paso, debe solicitar a la TGSS, por escrito<sup>42</sup>, con antelación suficiente, una “certificación negativa” de la situación de descubiertos de la empresa colaboradora en el pago de cuotas; la TGSS debe de librar la certificación en el plazo de treinta días (hábiles) “improrrogables”, agotado el cual la no expedición de aquélla determina que quede “exonerado de responsabilidad el empresario solicitante”. Por descontado, otro tanto ocurrirá, aunque no se diga, cuando la certificación librada en plazo acredite, erróneamente o no, la inexistencia de descubiertos. En cualquiera de los dos casos la empresa comitente que proceda a hacer efectiva la colaboración queda exonerada de responsabilidad. Sucede, sin embargo, que el apartado 1 del art. 42 del ET no indica cuál es la responsabilidad de la que está exonerando y en la que incurre la empresa que incumple el deber de comprobación.

La responsabilidad de que se trata no es, como revela, sin ningún género de dudas, el art. 42.1 de la LISOS, la de hacer frente al pago de una sanción pecuniaria por infracción del deber de comprobación. Tanto la conducta a seguir para el cumplimiento del deber como la responsabilidad por su incumplimiento se han de establecer, necesariamente, dentro de lo que dispone el art. 42 del ET. Lo confirma el citado precepto de la LISOS, según el cual las infracciones a lo dispuesto en el art. 42 del ET “determinarán la responsabilidad de los empresarios afectados en los términos allí establecidos”. Pues bien, por lo que respecta a la identificación de la responsabilidad, el único apartado del art. 42 del ET que puede contener los “términos” a que se refiere la LISOS es el 2, con el cual, por cierto, finalizaba dicho artículo hasta su modificación en 2001 y, por lo tanto, en el momento de promulgarse la LISOS, en agosto de 2000. El mencionado apartado 2 y, en concreto, su párrafo primero, constituye la clave para resolver el problema. En él, en el críptico y desafortunado inciso con que comienza, debe encontrarse la solución, que no puede ser, como se ha indicado y se sigue indicando por algunos, la de que la responsabilidad exonerada sea una subsidiaria respecto a las cuotas de seguridad social adeudadas por la empresa colaboradora hasta el momento de la adjudicación del encargo, cosa que, dicho sea de paso, ni siquiera se dispone para los más graves casos de cesiones ilícitas de trabajadores (art. 43 del ET).

Salvo que se haga caso omiso de lo previsto en la LISOS, la responsabilidad que genera la falta del cumplimiento del deber de comprobación “en los términos” del apartado 1 del art. 42 del ET no puede ser otra que la aparece “en los términos” del párrafo primero del apartado 2, según el cual “el empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado [el ya conocido de treinta días improrrogables, fijado en el apartado 1], y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá de solidariamente de las obligaciones referidas a la seguridad social” contraídas por los contratistas y subcontratistas [las empresas colaboradoras] durante el período de vigencia de la contrata”. Semejante responsabilidad solidaria no surge cuando el empresario “principal” haya cumplido de forma exacta el deber de comprobación; esto es, cuando haya esperado, para concertar la descentralización o consentir el comienzo de su ejecución, a contar con la certificación de la TGSS acreditando la inexistencia de descubiertos o hasta la falta de emisión de dicha certificación dentro de los treinta días siguientes a su solicitud<sup>43</sup>. Eso sí, será de aplicación

---

<sup>42</sup> Hoy telemáticamente, para los autorizados del Sistema RED, a través de la funcionalidad “certificados de situación de cotización”.

<sup>43</sup> Coinciden con esta solución que propugno, entre otras, la STS (Sala tercera, contencioso-administrativo) de 6 de julio de 2005, en unificación de doctrina [RJ 9537 (recurso 451/2004): la responsabilidad solidaria del comitente “se condiciona al hecho de que no se hubiese recabado por el mismo la certificación negativa de descubiertos en la Tesorería de la Seguridad Social” o a que haya transcurrido “el plazo de treinta días sin que hubiese sido librada”], la STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de noviembre de 2002 (Aranzadi Social, 1529), “fundamento de derecho” sexto, y la STSJ de Cantabria de 8 de septiembre de 2004 (Aranzadi Social 2751).

entonces la general responsabilidad subsidiaria por iguales obligaciones contraídas durante el período de vigencia del encargo, prevista en los arts. 142.1 y 168.1 de la LGSS.

Así entendido, los dos primeros apartados del art. 42 del ET se complementan y casan a la perfección y, además, se coordinan de forma apropiada con lo que resulta de los dos citados artículos de la LGSS. El apartado 1 pretende impedir o dificultar el acceso al importante mercado de la descentralización productiva (de la subcontratación de la propia actividad) a las empresas con deudas de seguridad social derivadas del impago de cuotas; el apartado 2 establece la “sanción” para el caso de que la empresa o entidad comitente concluya la contrata omitiendo la comprobación de que la empresa colaborada cumple con su obligación de cotización a la seguridad social o conociendo que no está al día en ella. La ley quiere que el comitente examine si ésta es o no la situación de la empresa colaboradora y, si el examen descubre lo primero, desista de adjudicar la actividad o de consentir el comienzo de su ejecución. La labor de comprobación y el no hacer efectiva la colaboración cuando dicha labor revele la existencia de deudas de la empresa colaboradora por cuotas de seguridad social constituyen deberes legales cuyo incumplimiento merece la consideración de *infracción administrativa*; la particularidad reside en que la única sanción posible para semejante infracción es la imposición de la responsabilidad solidaria que contempla el ET, según confirma el art. 42.1 de la LISOS. La ley -el art. 42 del ET- quiere que la general responsabilidad subsidiaria del comitente por las obligaciones de seguridad social (arts. 142.1 y 168.1 de la LGSS) no actúe de forma automática o inmediata en las operaciones de descentralización productiva (en las subcontrataciones de la propia actividad) y quede supeditada al cumplimiento del comentado deber de comprobación, así como, lógicamente, a la concertación de la descentralización sólo con el contratista que no tenga cuotas de seguridad social pendientes de satisfacer. Semejante actuación es el peaje a pagar para transitar por la autopista de la responsabilidad subsidiaria en lugar de por la inconveniente vía de la responsabilidad solidaria.

***D) La posible atribución a la empresa que descentraliza de la condición de empleadora respecto de los trabajadores adscritos a la ejecución de las actividades productivas descentralizadas***

La discusión sobre una reforma como la expuesta constituiría una buena oportunidad para debatir sobre la procedencia de una admisión explícita de la posibilidad de que la posición de empresario laboral (o empleador), en el sentido de parte del contrato de trabajo, pueda ser ocupada simultáneamente por dos o más personas, de forma inicial o sobrevenida, durante el período de ejecución de las actividades u operaciones productivas objeto de descentralización, con exclusión, pues, de cualesquiera encargos ajenos al concepto de descentralización productiva. No se trata de que algo que hoy es imposible en nuestro derecho pase a ser posible, sino de frenar la inercia de la ley a soslayar y no admitir de forma expresa semejante posibilidad en el ámbito de las relaciones que disciplina el ET y, por lo tanto, a prescindir de hacerla jugar, oportunamente adaptada o con todos los matices que se consideren necesarios, como elemento en torno al cual quepa articular una respuesta apropiada a los problemas laborales que plantea el tipo de relación triangular que concurre en los supuestos de descentralización productiva.

De entrada, no hay nada en el concepto legal de empresario del art. 1.2 del ET que permita concluir, de forma categórica, que el contrato de trabajo, como contrato bilateral que es, impide que una de sus partes, la que corresponde a la posición de empresario, pueda ser ocupada por más de una persona, física o jurídica. Dejando a un lado que el carácter bilateral de un contrato no exige, como se desprende del art. 1254 del C.c., una sola persona en cada parte, no me parece impertinente señalar que la posibilidad general de supuestos de

dos o más personas que ocupen simultáneamente la posición contractual de empresario, aunque resulte atípica o no encaje en el patrón clásico del empresario laboral, se corresponde o casa con la tradicional admisión, ahora ya de forma expresa, de la posibilidad, igualmente atípica, de la celebración del contrato de trabajo con una pluralidad de trabajadores (con un "grupo de trabajadores considerado en su totalidad", en expresión del art. 10.2 del ET). En cualquiera de los dos casos, el contrato no pasa a ser multilateral; sigue siendo bilateral. La atipicidad no conduce necesariamente a la imposibilidad legal.

Asimismo, tampoco me parece impertinente llamar la atención sobre el sustento que brinda al reconocimiento de la posición contractual de empresario ocupada por más de una persona el hecho de que, por lo general, el contrato o vínculo sobre el que se sustenta la colaboración interempresarial dista mucho de ser neutro, sin necesidad de que ese vínculo sea de filialización, respecto de la forma de operar las empresas colaboradoras, figuren o no conectadas en forma de red, y, en particular, por lo que aquí interesa, respecto de la posición de los trabajadores que cada una de mencionadas empresas deba destinar a la realización de las actividades que asume y corresponden a la función productiva de otra empresa. Lejos de serle indiferente la forma en que cada empresa colaboradora desarrolle las actividades necesarias para ejecutar o prestar lo que se le encarga, la empresa que descentraliza procurará fijar, de algún modo, las condiciones que, a su juicio, hacen aceptables aquéllas y, a la postre, los propios resultados o servicios encargados; asimismo, controlará su adecuado cumplimiento hasta el término de la colaboración. Pues bien, la sujeción de la empresa colaboradora a esas condiciones también influye, en mayor o menor medida, sobre los trabajadores adscritos al encargo, durante todo el tiempo que permanezca la adscripción. Se trata de un influjo que puede llegar a ser intenso, como ocurrirá si procede de la imposición, como parte de las condiciones a las que se viene haciendo referencia, de pautas de actuación a seguir por la empresa colaboradora en relación con los aludidos trabajadores, relativas a su número, a su formación o experiencia y al contenido y desarrollo de su prestación de trabajo (funciones que comprende y tiempo, lugar y modo de cumplimiento) y, además, capaces de afectar al salario y a la modalidad de contrato de trabajo a través de la cual se instrumentará la incorporación a la ejecución de las actividades productivas objeto de la descentralización e, incluso, de forzar, llegado el caso, la sustitución de algunos trabajadores por otros. En una situación como la indicada, no infrecuente en las descentralizaciones en las que participan empresas multiservicios, es obvia la menor autonomía de cada empresa colaboradora a la hora del ejercicio del poder organizativo sobre sus trabajadores; además, se hace visible que la posición de subordinación de éstos se aparte de la típica, toda vez que, materialmente, ya no se define de forma exclusiva en relación con aquella empresa, máxime si deben desarrollar la prestación de sus servicios en un espacio físico en el que se aprecia la presencia y, a la postre, el control de la empresa demandante de la colaboración, como sucede, en el caso más claro, aunque no único, cuando dicho espacio es un centro o local de trabajo con que cuenta tal empresa.

Por último, no me parece impertinente llamar la atención sobre el hecho de que el propio ET llega a apreciar la adquisición de la condición de parte del contrato por la empresa "principal" -la que solicita la colaboración productiva- cuando incluye el art. 42, dedicado a la regulación -parcial- de la "subcontratación de obras y servicios", dentro de una sección titulada "garantías por cambio de empresario". No se asiste a un cambio sucesivo, como en la transmisión de empresa, objeto del art. 44, incluido en igual sección; se estaría ante un cambio en la posición contractual de empleador por pasar a compartir dicha posición la empresa "principal", que se aprovecha, en virtud del negocio jurídico sobre el que sustente su relación con la empresa colaboradora o subcontratista, del trabajo prestado por los

trabajadores subordinados con que contase ésta y que sean destinados a cubrir las tareas productivas descentralizadas por la primera empresa. Si así se entiende, la ubicación del art. 42 en la indicada sección cobra sentido y deja de ser extravagante.

La aceptación de la posibilidad de que varias personas compartan la posición contractual de empresario no significa que también tengan que compartir el ejercicio efectivo y real de todas y cada una de las obligaciones y facultades inherentes a tal posición. No lo pide la colaboración de una de ellas en las actividades productivas de la otra. Se estaría aquí ante una de las adaptaciones que he apuntado que precisaría la admisión legal expresa de que la empresa solicitante de la colaboración productiva (la que también se viene denominando cliente) pasa a ocupar, junto con cada empresa que la haya aceptado, la posición contractual de empresario de los trabajadores que esta última destine a su ejecución. Por lo que respecta a las facultades empresariales que acompañan a la posición de empresario, quizás podría bastar con el reconocimiento legal expreso de una cosa que, de facto, ya viene sucediendo en la práctica, aunque de forma insegura y cautelosa ante la falta de previsión legal al respecto y por el temor a la apreciación, en una interpretación excesivamente rígida y discutible del art. 43.2 del ET (en concreto, de aquello que implica que el cedente “no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”), de que se está ante una cesión ilegal de trabajadores, lo cual lleva a que sea frecuente que la aludida “cosa” se haga en forma tal que sólo permita apreciar que se produce indirectamente y de vez en cuando. Me refiero a un ejercicio del poder organizativo compartido con la empresa colaboradora a complementar, oportunamente, con el ejercicio de ciertas facultades propias del poder de control.

No hay ejercicio compartido, obviamente, cuando la empresa colaboradora renuncie a la parte que le corresponde. Si no hay ejercicio compartido, sino exclusivo por la empresa cliente, el caso seguirá siendo constitutivo de cesión ilegal de mano de obra. El problema estaría entonces en determinar de la forma más clara posible qué facultades debe retener y ejercitar la empresa colaboradora y cuáles son las que susceptibles de traspaso a la empresa cliente sin incurrir la primera en la falta de ejercicio de “las funciones inherentes a su condición de empresario” que figura entre las circunstancias legalmente previstas que conducen a entender, “en todo caso”, que se incurre en la referida cesión ilegal. La solución al problema pasaría por atender a las facultades que cada empresa está mejor posicionada para ejercer en cada momento, en función de las circunstancias del caso, lo cual llevaría a reparar, entre otros posibles factores, además de en el contenido del encargo, en el lugar de su ejecución; en si ésta se realiza en el mismo espacio donde desarrolla sus actividades la empresa que descentraliza.

Si se entendiera precipitado dar el salto al reconocimiento expreso de que la empresa que comisiona a otra la realización de prestaciones correspondientes a su función productiva -por lo tanto, de la propia actividad, en la interpretación que aquí se mantiene- adquiere la posición contractual de parte del contrato, el mantenimiento de la actual y clásica situación, donde la falta de aquel reconocimiento no impide que se le impongan obligaciones laborales y responsabilidades económicas de igual naturaleza y compartidas con la empresa colaboradora, debería pasar a estar acompañado, al menos, de aquello que ya ha hecho el art. 1.2 del ET a propósito de otra relación triangular típica: la que nace de la cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal. Si el empresario “usuario” tiene la condición legal expresa de empresario laboral de los trabajadores que le sean

cedidos<sup>44</sup>, lo mismo cabría indicar respecto del empresario que descentraliza tareas pertenecientes a su función productiva y cuenta con la facultad de adoptar, en grado no constitutivo de cesión ilegal de trabajadores, órdenes e instrucciones dirigidas directamente a los trabajadores adscritos a las aludidas tareas y relativas a la prestación de su trabajo en ellas. La adjudicación de esa condición de empresario laboral estaría justificada, principalmente, en los casos de los encargos concertados con empresas multiservicios.

La atribución a la empresa que descentraliza de la posición contractual de parte del contrato permitiría reforzar, con naturalidad y mayor efectividad, la tutela de los trabajadores que aportan su trabajo a las actividades productivas descentralizadas. Permitiría basar en el contrato de trabajo de cada uno de tales trabajadores una apropiada distribución de las obligaciones y responsabilidades laborales de los empleadores laborales que intervienen en la descentralización; también de sus derechos y facultades. Permitiría ubicar en dicho contrato de trabajo la fuente generadora de las obligaciones y responsabilidades laborales que asume la empresa que descentraliza para con aquéllos y con la seguridad social, así como ampliarlas<sup>45</sup>. Permitiría explicar y comprender bien la adopción de disposiciones normativas en virtud de las cuales la empresa que descentraliza pasase a contar, respecto de los referidos trabajadores, además de con una responsabilidad en orden al pago de cualesquiera percepciones económicas que guarden relación con su trabajo en las actividades descentralizadas, con la obligación de concederles, con posibles diferencias en función de que deban o no prestar sus servicios en un centro o lugar de trabajo controlado por ella, el acceso a las acciones de formación que estén previstas para los trabajadores de los que sea única empleadora, así como las facilidades o ventajas de tipo social que tengan reconocidas iguales trabajadores (comedores, economatos, guarderías, ayudas para estudios propios o de los hijos, servicios de transporte, etc.). Permitiría explicar y comprender bien la adopción de determinadas disposiciones normativas en materia de derechos colectivos, consistentes, por ejemplo, en la sujeción de dicha empresa al cumplimiento de nuevas medidas que atiendan al fortalecimiento de la representación colectiva de los trabajadores adscritos al encargo y mejoren las contenidas en el art. 42 del ET; o en el reconocimiento de la posibilidad<sup>46</sup> de negociar con los que compartan la posición de empresario pactos colectivos que atiendan de forma específica a las condiciones de prestación de la actividad laboral en la ejecución del concreto encargo. También en materia de derechos colectivos, quedaría más claro el comportamiento que la empresa que solicita la colaboración y la empresa que la presta deben observar en relación con las posibles huelgas en las que participen los trabajadores ocupados en las tareas o funciones productivas objeto de aquélla.

Sea lo que fuere, la adopción de medidas como las señaladas en absoluto se ve impedida por la falta del reconocimiento expreso de que la empresa que descentraliza asume, junto con la colaboradora, la posición contractual de parte del contrato o, al menos, como en el caso de la empresa usuaria, la condición de empresario laboral. La opción por el mantenimiento de la situación actual, construida sobre la simple imposición de obligaciones

---

<sup>44</sup> “A los efectos de esta ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios (...) de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”.

<sup>45</sup> Sobre las ventajas que tiene para la empresa que descentraliza el que su responsabilidad solidaria, prevista en el art. 42.2 del ET, derive de un mandato legal y no del propio contrato de trabajo, véase STS de 5 de diciembre de 2017 (RJ 6001), con voto particular.

<sup>46</sup> La obligatoriedad podría entenderse contraria a la libre prestación de servicios en el caso de descentralizaciones instrumentadas a través de una prestación transnacional de servicios comprendida en la Directiva 96/71/CE.



y responsabilidades laborales compartidas con la empresa colaboradora, permite la ampliación de unas y otras con aquellas medidas y otras parecidas.

No plantea problemas de conformidad con el derecho de la Unión Europea la posible aplicación de cualquiera de las tres opciones apuntadas a las subcontratas transnacionales afectadas por la aplicación de la Directiva 96/71/CE. El que la empresa prestadora del correspondiente servicio deba mantener con el trabajador desplazado, durante el período de desplazamiento, una relación laboral a definir con arreglo a la legislación del Estado de destino<sup>47</sup> no es incompatible con que esta legislación disponga que la empresa para la que se preste el servicio comparta la posición de empresario laboral. Por otro lado, aunque la legislación del Estado de destino no puede llevar la protección de los trabajadores desplazados más allá de lo que autoriza la Directiva, ello se refiere a la protección a cargo de la empresa que decide el desplazamiento del trabajador. Las obligaciones y responsabilidades laborales del empresario que haya concertado la prestación del servicio transnacional pueden ser tan amplias como considere oportuno la legislación del Estado en el que tenga su establecimiento, siempre que no sean superiores a las que tendría de haber concertado el encargo con empresas colaboradoras establecidas en el mismo Estado; si lo fuesen, se estaría ante una medida contraria a la libre prestación de servicios que rige en la Unión, por disuasoria de la contratación con empresas establecidas en otros Estados miembros (o firmantes del AEEE).

#### ***E) La igualdad o la aproximación de las condiciones de trabajo***

En el grupo de las opciones más ambiciosas figura el disponer para los trabajadores ocupados en la realización de las actividades productivas descentralizadas la aproximación y hasta la igualdad de sus condiciones de trabajo (total o parcial, referida a aquellas esenciales o más importantes), mientras se mantenga esa ocupación, a las más ventajosas que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal o comitente. Tanto la opción por la aproximación como por la igualdad, esta última incorporada de modo bien intencionado, aunque un tanto irreflexivo y sólo para las contratas de la propia actividad<sup>48</sup>, por una proposición de ley presentada el 8 de agosto de 2016 por el grupo socialista en el Congreso de los Diputados<sup>49</sup>, cuentan por el momento, para su materialización por medio de norma estatal, con el grave inconveniente<sup>50</sup> de que se podría cuestionar su conformidad con el derecho de la Unión, salvo que dejara fuera a un grupo importante de operaciones de descentralización productiva y, en concreto, a todas las llevadas a cabo por medio de prestaciones de servicios transnacionales comprendidas en el ámbito del art. 1.3.a) de la Directiva 96/71/CE y del art. 2.1.1º.a) de la LDT.

No creo que quepa dejar de valorar la seria posibilidad de considerar que se opone a la Directiva 96/71/CE y al art. 56 del TFUE la norma estatal que consienta o implique una protección del trabajador desplazado que incluya condiciones de trabajo y empleo no

<sup>47</sup> Véase art. 1.3.a) y art. 2.2 de la Directiva cit.

<sup>48</sup> Que son, precisamente, aquellas que, de acuerdo con el indicado criterio de los tribunales laborales [véase *supra*, apartado V.2.B)] , rechazable, deben ser objeto de determinación restrictiva.

<sup>49</sup> Titulada “proposición de ley de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados” y publicada en Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie B, núm. 25-1, de 9 septiembre de 2016. De acuerdo con la modificación propuesta, el citado precepto del ET pasaría a disponer que “las empresas contratistas y subcontratistas deberán garantizar a los trabajadores afectados por la contrata o subcontrata, durante el tiempo en que presten servicios adscritos a la misma, las [mejores, se sobreentiende] condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el convenio colectivo que fuese de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicho empresario principal”.

<sup>50</sup> Que no parece que haya tenido en cuenta la indicada proposición de ley.

cubiertas por lo dispuesto en los apartados 8, 9 y 10 del art. 3 de aquélla o por otra norma del derecho de la Unión. Dicho de otro modo, la sería posibilidad de considerar que la Directiva 96/71/CE no autoriza, con carácter general, que un Estado miembro adopte una disposición legal en virtud de la cual la empresa establecida en otro Estado miembro que desplace trabajadores al territorio del primero para cumplir la prestación del servicio deba garantizar a tales trabajadores las mismas o parecidas y, en ambos casos, mejores condiciones de trabajo y empleo que les correspondería de haber sido contratados directamente por la empresa cliente para ocupar el mismo puesto.

La admisión de la intervención normativa de igualación o de aproximación de condiciones sólo es segura cuando la prestación de servicios transnacional consista en la puesta a disposición de trabajadores por parte de una empresa de trabajo temporal. En el pasado fue posible en la medida en que el art. 3.9 de la Directiva 96/71/CE permite que un Estado miembro garantice a los trabajadores en misión “el beneficio de las condiciones que se apliquen a los trabajadores” cedidos por empresas de trabajo temporal establecidas en su territorio y esas condiciones resultasen ser, de acuerdo con la legislación de dicho Estado, iguales o próximas a las que corresponderían a un trabajador contratado directamente por la empresa usuaria para el mismo puesto. Actualmente, es cierto que la igualación ya es obligada para todos los Estados miembros de la Unión, por disponerlo así la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal<sup>51</sup>; sin embargo, su transposición al derecho nacional puede diferir de un Estado miembro a otro y, por lo tanto, su imposición en la forma más ventajosa o amplia que regule la legislación del Estado de destino para los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal establecidas en dicho Estado sigue entrando en lo que puede hacer éste en uso de la facultad que otorga el citado art. 3.9 de la Directiva 96/71/CE. Precisamente, a la preferencia aplicativa de la regulación española en materia de igualación ha pasado a responder, con la transposición de la Directiva 2008/104/CE, el art. 3.2 de la LDT; en sus términos, puestos en relación con los arts. 22.1.c) y 11.1 de la LETT, tiene cabida la aplicación de la igualación dispuesta por este último precepto a los supuestos de cesiones transnacionales de trabajadores por empresas de trabajo temporal establecidas en otros Estados miembros de la Unión o firmantes del AEEE y en sustitución, por resultar menos favorable, de la igualación que pueda disponer la normativa que en el Estado de origen haya transpuesto la Directiva 2008/104/CE. Para que la legislación nacional pueda imponer la igualación o aproximación en relación con los trabajadores desplazados por empresas subcontratistas establecidas en otro Estado miembro cabe considerar que es preciso, bien una habilitación similar a la del art. 3.9 de la Directiva 96/71/CE, bien que ésta u otra disposición del derecho de la Unión establezcan tal igualación o aproximación. Por ahora no existen ni una ni otra cosa.

Si se acepta lo anterior, la aproximación o la igualación por arriba de las condiciones de los trabajadores de las empresas subcontratistas llevaría a contar con dos regímenes de tutela bien diferentes: el de aproximación o de igualación, para las subcontrataciones donde las empresas involucradas figuren establecidas en España o, también, donde las empresas cuya colaboración se demanda tengan su establecimiento en Estados que no sean miembros de la Unión Europea ni firmantes del AEEE, y el regulado en la LDT, menos exigente, aplicable a las actividades descentralizadas contratadas con empresas establecidas en Estados miembros de la Unión Europea o firmantes del AEEE. Esa tutela menos exigente

---

<sup>51</sup> Recuérdese que, de acuerdo con su art. 5.1, “las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto”.

favorecería, obviamente, a estas últimas empresas frente a sus competidoras españolas, que verían mermadas sus posibilidades de obtener actividad en el mercado de las subcontrataciones, por el mayor coste de mano de obra que estarían obligadas a soportar.

Descartada, en espera de una anhelada e incierta regulación europea que elimine el grave inconveniente apuntado (bastaría con una modificación de la Directiva 96/71/CE), la aproximación o la igualación de condiciones por la norma estatal, debo advertir, siempre desde la perspectiva del derecho de la Unión, que una y otra están abiertas a su consecución, evitando aquel inconveniente, por medio de su imposición a la empresa demandante de la prestaciones objeto de descentralización<sup>52</sup>, así como por medio de la negociación colectiva. Esto último precisaría un fuerte poder negociador por parte de la representación de los trabajadores, la cual no parece que cuente con él, actualmente, en bastantes de las unidades de negociación que incluyen a las empresas subcontratistas y, dentro de ellas, principalmente, a las empresas multiservicios. Con independencia del poder negociador con que se cuente, no estaría de más que la ley ejerciera aquí la labor “pedagógica” que se descubre en aquellos preceptos que señalan, de forma declarativa, lo que puede hacer el convenio colectivo. Una mención expresa por parte de la ley sobre el posible empleo del convenio colectivo en orden a procurar la igualación o aproximación de condiciones despejaría las dudas al respecto y favorecería que los sujetos negociadores tomasen en consideración dicho empleo.

En teoría, se puede llegar a la aproximación o a la igualación de condiciones en los convenios colectivos *sectoriales* de aplicación a las empresas subcontratistas<sup>53</sup>, aunque entonces la correspondiente regulación convencional, para no ser contraria al derecho de la Unión, se tendría que imponer en la misma forma a las empresas colaboradoras o subcontratistas establecidas en España que pudieran desarrollar igual actividad en el mismo lugar<sup>54</sup>, so pena de incurrir en una desigualdad de trato contraria a la libre prestación de servicios. Además, las condiciones de trabajo y empleo objeto de la igualación o de la aproximación no podrían exceder de las que figuran en la relación de aquellas, ya de por sí muy importantes, cuyo disfrute de acuerdo con la legislación del Estado de acogida garantiza al trabajador desplazado el art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE<sup>55</sup>, ampliada, en su caso, en virtud de lo autorizado por el art. 3.10, con aquellas otras que, aunque se refieran a

---

<sup>52</sup> Véase apartado precedente, *in fine*.

<sup>53</sup> Los que la Directiva 96/71/CE identifica y define como “convenios colectivos (...) declarados de aplicación general” y el art.3.4 de la LDT denomina “convenios colectivos (...) aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate”.

<sup>54</sup> Se tendría que imponer “por igual”, en expresión del art. 3.10 de la Directiva 96/71/CE. Cfr. apartado 8 del mismo artículo. Semejante imposición “por igual” resulta de difícil, por no decir imposible, aplicación a efectos de los posibles descuelgues que pudieran pretender las empresas colaboradoras establecidas en otros Estados miembros (art. 82.3 del ET). Lo mismo sucede con su conciliación con la posibilidad de la empresa colaboradora establecida en España en orden a la negociación de un convenio colectivo propio con prioridad aplicativa respecto del sectorial y regulando *in peius* las materias a las que se extiende dicha prioridad (art. 84.2 del ET); desde el momento en que el ámbito del convenio prioritario no puede ser inferior a la empresa, la posibilidad de que se trata queda cerrada para la empresa establecida en cualquier otro Estado miembro.

<sup>55</sup> Las aludidas condiciones son las relativas a: “los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso”; “la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas”; “las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias”; “las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino”, “la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo”; “las medida de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes”; y “la igualdad de trabajo entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación”.

materias distintas, formen parte de disposiciones normativas nacionales de orden público<sup>56</sup> y se impongan, por igual, a las empresas españolas y a las de otros Estados miembros o firmantes del AEEE. La LDT hace uso de la posibilidad que ofrece el art. 3.10 de la Directiva 96/71/CE tanto para ampliar las materias objeto de la garantía general del art. 3.1 de la propia Directiva como en orden a la sujeción de las condiciones de trabajo y empleo garantizadas al trabajador desplazado a la regulación que tengan en los convenios colectivos a los que se ha hecho referencia<sup>57</sup>. Cabe concluir, pues, que dicho texto legal favorece (no ofrece obstáculo alguno a ella) la comentada igualación o aproximación de condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva y en relación con las más importantes condiciones y materias, que son las que figuran en la relación de su art. 3.1.

En fin, ya en el campo del *soft law*, el código de conducta también puede servir de instrumento para conseguir una cierta aproximación o igualación mediante la incorporación de cláusulas tendentes a procurar, por la vía de la persuasión, que las empresas subcontratistas que operan en España se comprometan a equiparar determinadas condiciones de trabajo de sus trabajadores a aquellas más elevadas de las que disfrutaban los trabajadores análogos de la empresa con la que colaboran y redacta el correspondiente código.

#### ***F) Para embriar a las empresas multiservicios***

Una gran parte de los trabajos que las conocidas como empresas multiservicios ofrecen en el mercado y realizan para las empresas clientes pertenecen al grupo de los que éstas no pueden prescindir, por condicionar su función productiva hasta el punto de que tendrían que haberlos cubierto con personal propio de no haber optado por recurrir a aquéllas. Se trata de prestaciones exigidas por la organización y el desarrollo de tal función, respecto de la cual unas son nucleares y otras complementarias, accesorias o convenientes, aunque indispensables<sup>58</sup>. Entran en la categoría, pues, de los “servicios correspondientes a la propia actividad” de la empresa o entidad comitente, entendido el concepto en la forma que aquí se propugna [*supra*, apartado V.2.B)] y, por lo tanto, someten a aquélla a las más importantes obligaciones y responsabilidades laborales, de seguridad social y de salud laboral previstas para las descentralizaciones de dicho tipo de servicios.

En todo caso, la aplicación de las aludidas obligaciones y responsabilidades, aparte de que no alcanza a las prestaciones cuya encomienda aparezca desconectada de la función productiva, deja sin resolver los más graves problemas que plantean en el campo de las relaciones laborales individuales y colectivas las prácticas y circunstancias bajo las que operan las empresas multiservicios. Tales problemas, que interaccionan, están determinados, principalmente, por:

<sup>56</sup> Téngase en cuenta que la determinación e imposición de las disposiciones de orden público compete al propio Estado en el que se ejecute la prestación y no es materia abierta a la autonomía colectiva [STJ de 18 de diciembre de 2007 [asunto C-341/05, *Laval un Partneri* (ECLI:EU:C:2007:809), apartado 84].

<sup>57</sup> Véase, en relación con lo segundo, art. 3.4 de la LDT.

<sup>58</sup> Para una idea más completa de las prestaciones a las que se está haciendo referencia se remite a la descripción que contienen algunos de los convenios colectivos de empresas multiservicios o, como también se llaman, de gestión integral. Véase, por ejemplo, art. 2 del convenio colectivo de RANDSTAD PROJET SERVICIOS, S.L.U., 2014-2016 (BOE de 24 de marzo de 2014), art. 2 del convenio colectivo de UMANO SERVICIOS INTEGRALES, S.L., 2011-2014 (BOE de 6 de agosto de 2012), art. 1 convenio colectivo de EXTERNA TEAM, S. L. (centro de Sevilla), 2017-2020 (Boletín oficial de la provincia de Sevilla de 4 de noviembre de 2017) y art. 3 del convenio colectivo de MANTROL SERVICIOS, S. L., 2013-2016 (BOE de 4 de febrero de 2013). La amplitud y heterogeneidad de las aludidas prestaciones se exhibe en las propias páginas web de la mayoría de las empresas, como, por ejemplo, en la de TRANSLIMP CONTRACT SERVICES, S. A.: "**Translimp Contract Services** es una empresa de servicios auxiliares que te ofrece: servicios de todo tipo, sea cual sea tu sector, en toda España. Con un sólo interlocutor y una única factura".

1) La general precariedad en el empleo de los trabajadores contratados por aquéllas para atender la prestación de los servicios que les son adjudicados por las empresas clientes. Si se quiere, la frecuente utilización del contrato para obra o servicio determinado y la extinción de dicho contrato, al margen de los arts. 51 y 52.c) del ET, por reducción o progresiva extinción del servicio contratado o por resolución anticipada del encargo, bien por la empresa comitente o cliente, bien por la propia empresa multiservicios, por ejemplo, por incurrir la primera en impago del precio acordado por el servicio contratado. Si las particulares circunstancias del caso concreto, entre ellas, necesariamente, la existencia de previsión al respecto en convenio colectivo<sup>59</sup>, podrían llegar a hacer admisible la licitud de la extinción basada en el primero de esos motivos, la ilicitud de la extinción basada en el segundo es general, por mucho que tal causa de extinción figure establecida en el convenio colectivo, pues sólo la ley puede instituir causas de extinción. No cabe duda que contribuiría a la reducción de la precariedad contemplada la adopción de medidas como las señaladas *supra*, en el apartado V.2, *in fine*.

2) La también general baja calidad de las condiciones de trabajo [entre ellas, las relativas a la retribución (salario base y complementos salariales) y al tiempo de trabajo (duración de la jornada y su distribución, descansos, permisos)] aplicadas a los referidos trabajadores. Tanto este factor como el anterior, cuya combinación empeora, obviamente, la posición de aquéllos, se encuentran muy vinculados a la oferta del servicio a un precio atractivo desde el punto de vista de lograr su adjudicación. Dicho precio se consigue, con frecuencia, gracias a la aplicación de condiciones de trabajo notablemente inferiores a las que tendrían que satisfacer las empresas clientes si decidieran realizar las correspondientes tareas con trabajadores propios o, si se tratase de cubrir una necesidad de mano de obra temporal, con trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal<sup>60</sup>. Como se expondrá, la aceptable calidad de las condiciones de trabajo tropieza con impedimentos para su consecución por medio de la negociación colectiva.

3) Las graves dificultades que encuentra la constitución de órganos de representación unitaria de los trabajadores como consecuencia de una regulación que no responde a la especificidad de estas empresas, buena parte de las cuales dispone de un gran número de centros de trabajo y todavía de un mayor número de lugares de trabajo repartidos por numerosas localidades de más de una provincia y comunidad autónoma e, incluso, por todo el territorio español; además, la plantilla de muchos de esos centros y lugares de trabajo es baja y no supera los diez trabajadores y, a menudo, ni siquiera llega a seis. En una situación como la descrita, la constitución de comités de empresa y delegados de personal se ve gravemente dificultada y, con frecuencia, hasta imposibilitada por la propia ley, que considera el centro de trabajo como circunscripción electoral cuando la empresa disponga de más de uno y, aunque contempla dos casos en que es obligada una agrupación de centros conducente a la elección de un comité de empresa para todos ellos (art. 63.2 del ET), ninguno se define en términos que favorezcan su aplicación en las empresas multiservicios, entre otras razones porque, según entiende el TS, tales términos no consienten que la agrupación se haga incluyendo los centros de hasta diez trabajadores, inclusive, a efectos poder elegir para todos, en función de la mayor o menor plantilla del conjunto de ellos, uno o tres delegados de personal o un comité de empresa<sup>61</sup>. Por si fuese poco, todavía se ve más dificultada y, con gran frecuencia, hasta imposibilitada la elección de representantes

---

<sup>59</sup> Véanse sentencias del TS de 18 de diciembre de 2012 (RJ 2013/601) y 13 de julio y 14 de noviembre de 2017 (RJ 4148 y 5051, respectivamente; la primera de Pleno).

<sup>60</sup> Véase arts. 11.1 y 17.2 de la LETT.

<sup>61</sup> Sentencias de 20 de febrero de 2008 (RJ 1901) y 31 de enero y 19 de marzo de 2001 (RJ 2138 y 3385, respectivamente), las tres en casación ordinaria.

unitarios por la praxis que considera que cada uno de lugares donde presten su actividad los trabajadores (dependencias de cada empresa cliente) constituye un centro de trabajo y, por lo tanto, una circunscripción electoral cuando funcionen como una organización productiva específica y con gestión autónoma o propia *in situ*, diferenciable de la correspondiente a otros lugares. El resultado es que en muchas empresas multiservicios sólo unos pocos centros de trabajo consiguen contar con delegado o delegados de personal y todavía son menos los que llegan a contar con comité de empresa. Llama la atención la notable frecuencia con que los elegidos son trabajadores incluidos en candidaturas de independientes.

4) El obstáculo para la negociación de convenios de empresa inherente a la expuesta dificultad y hasta imposibilidad de elección de representantes unitarios. La mayor parte de los convenios colectivos de las empresas multiservicios, negociados entre cada una de éstas y la representación unitaria de sus únicos centros en los que ha sido posible celebrar la elección, han sido impugnados y declarados nulos por falta de correspondencia entre el ámbito del convenio y aquél en el que el sujeto negociador por la parte social ejerce su función representativa<sup>62</sup>. La cosa se ha salvado, en algunas ocasiones, volviendo a celebrar convenios de ámbito circunscrito a los centros de la empresa que disponen de representación unitaria<sup>63</sup>. Sin embargo, subsiste la cuestión del convenio colectivo sectorial estatutario que regirá en los demás centros o en las empresas que carezcan de convenio propio, a resolver partiendo: a) de la nulidad de cualquier producto de una negociación "extraestatutaria" excluyente de la aplicación del convenio sectorial estatutario al que finalmente haya que estar, como sería el caso de las adhesiones individuales o en masa por parte de los trabajadores de los centros de la empresa sin convenio al convenio de los demás centros; y b) del limitado juego que tendrá el principio de unidad de empresa en orden a la determinación de dicho convenio colectivo sectorial, por predominar los casos en que la empresa multiservicios no tenga una actividad claramente preponderante que permita la aplicación de aquel principio.

5) La inexistencia de negociación colectiva sectorial específica de la actividad de las empresas multiservicios. Recuérdese que, según se ha advertido en el apartado precedente, el convenio sectorial constituye un instrumento utilizable para conseguir que los trabajadores destinados a la ejecución del encargo puedan llegar a disfrutar de unas condiciones de trabajo iguales o próximas a las mejores que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal. Pues bien, un convenio colectivo para el sector de las empresas multiservicios que estableciese una regulación en el sentido expuesto contribuiría notablemente, sin duda, a la superación de la ya indicada situación actual de general baja calidad de las condiciones de trabajo aplicadas a los trabajadores destinados a la atención de los servicios contratados por las empresas clientes. Y aun lo haría en mayor grado si decidiera extender la observancia de esa aproximación, allí donde se puedan negociar, a los convenios colectivos estatutarios de empresa (o de empresas en red) o de centros de trabajo, responsables, en buena medida, tanto de aquella baja calidad de condiciones de trabajo como de la baja calidad del empleo. Obviamente, el papel del convenio sectorial sería menor en el caso de los convenios de empresa (o de empresas en red), como consecuencia de las materias en las que el art. 84.2 del ET otorga prioridad

---

<sup>62</sup> Véanse, entre otras muchas, sentencias del TS de 11 de enero de 2017 (RJ 231; convenio colectivo de STOCK UNO GRUPO DE SERVICIOS, S. L.), 3 de mayo y 19 de julio del mismo año (RJ 3275 y 3751, respectivamente; convenio colectivo de MEDITERRÁNEA MERCH, S. L y convenio colectivo de TRANSLIMP CONTRACT SERVICES, S. A., también respectivamente) y 10 de junio de 2016 (RJ 3772; convenio colectivo de ADECCO OUTSOURCING, S. A.), así como las que en ellas se citan.

<sup>63</sup> Por ejemplo, convenio colectivo de EXTERNA TEAM, S. L. (centro de Sevilla), cit.

aplicativa a la regulación contenida en estos últimos, la cual no alcanza a los convenios de ámbito inferior a la empresa.

Merece la pena detenerse sobre la posible solución a las dificultades para la constitución de comités de empresa y delegados de personal y del lastre que éstas representan para la consecución de una negociación colectiva de empresa de más calidad. Vaya por delante que, hasta la fecha, la procedencia de los representantes unitarios que intervienen en la negociación del convenio de empresa multiservicios o de alguno o algunos de sus centros de trabajo, los tiempos, la escasa conflictividad y el contenido de la negociación, apuntan, valorados globalmente, a la debilidad del poder negociador por la parte social.

No admite discusión que lo dispuesto en el art. 42.6 del ET constituye una medida que dista mucho de satisfacer las legítimas expectativas de los trabajadores de contar con una apropiada representación que asuma la defensa de sus intereses colectivos en el ámbito de las relaciones que mantienen con unas empresas cuya plantilla total es muy superior a la media de la plantilla de las empresas dedicadas a otras actividades. Es urgente una reforma del título II del ET que adapte la regulación de la representación unitaria a una estructura de las empresas que ha cambiado en relación con la que existía en 1980. Entre otras cosas, se debería atender a las especificidades, en el campo de la organización productiva y de las relaciones laborales, del funcionamiento que exhiben, desde hace tiempo, amplios e importantes conjuntos de empresas, caracterizadas por el mantenimiento de relaciones de grupo, filialización, estrechas conexiones en red o, como en el caso de las empresas multiservicios, que, por cierto, no es infrecuente que formen parte de un grupo, por la gran dispersión de sus lugares de trabajo y, por lo tanto, de su plantilla. En el caso que ahora nos ocupa, de las empresas multiservicios, una solución podría ser la modificación del ET para establecer que los centros o lugares de trabajo próximos geográficamente y cuya plantilla no llegue a once trabajadores deban agruparse a efectos de la elección de un órgano de representación conjunto (delegado o delegados de personal o comité de empresa). También podría optar la ley por considerar como unidad electoral todos los centros y lugares de trabajo de una misma provincia o, acaso, de una misma comunidad autónoma.

La normalización de la representación unitaria por las vías a las que se acaba de hacer referencia propiciaría la negociación estatutaria de empresa y que la actividad de aquélla alcanzase a la mayor parte de los trabajadores a los que hoy no llega. Asimismo, favorecería la mayor presencia en los órganos de representación de los sindicatos más fuertes y, a la postre, fortalecería el poder de dichos órganos en sus relaciones con las empresas y, por lo tanto, a la hora de negociar convenios de empresa con contenidos que ayuden, al menos, a rebajar de forma sustancial los actuales niveles de precariedad y baja calidad de las condiciones de trabajo de los trabajadores contratados para la cobertura de los encargos concertados con las empresas clientes. A este último objetivo también contribuiría una medida susceptible de adopción alternativa o simultánea a las ya señaladas posibles vías de normalización de la representación unitaria; me refiero a la atribución legal expresa a determinados sindicatos de la legitimación para negociar el convenio colectivo de empresa o de ámbito inferior. Dicha atribución se podría hacer en términos iguales o parecidos a los de la realizada en relación con la negociación de los convenios colectivos que afecten a las empresas de trabajo temporal<sup>64</sup>. Si se optara por no reservar esa legitimación sindical para los casos de ausencia de órganos de representación unitaria, no sobraría la referencia expresa a su preferencia sobre la legitimación de éstos órganos,

---

<sup>64</sup> Art. 13 de la LETT: “En ausencia de órganos de representación legal de los trabajadores, estarán legitimados para negociar los convenios colectivos que afecten a las empresas de trabajo temporal las organizaciones sindicales más representativas, entendiéndose válidamente constituida la representación de los trabajadores en la comisión negociadora cuando de ella formen parte tales organizaciones”.

cuando existan. Semejante legitimación sindical preferente se podría otorgar entonces remitiéndola a la forma en que se prevé para la negociación de convenios colectivos de sector, grupos de empresas y empresas en red<sup>65</sup>.

La inexistencia de negociación colectiva del sector de empresas multiservicios y de un marco normativo que normalice y fortalezca la representación unitaria en ellas y atribuya a los sindicatos la legitimación para negociar el convenio de empresa o de ámbito inferior, así como el grave inconveniente con que tropieza la imposición legal de la aplicación de condiciones de trabajo iguales o próximas a las tendrían los trabajadores de haber sido contratados directamente por la empresa comitente, del que he dado cuenta *supra*, en el apartado V.2.E), vienen a confiar la consecución del aumento de la calidad de las condiciones de trabajo de los trabajadores externos de las empresas multiservicios, allí donde no haya convenio colectivo de empresa o de ámbito inferior, a la aplicación del convenio colectivo sectorial que corresponda a la actividad a la que se dedique de forma preponderante la empresa (principio de unidad de empresa) o a la actividad objeto del servicio a cuya realización figuren destinados aquéllos (oficinas y despachos, limpieza de edificios y locales, seguridad y vigilancia privada, industrias y empresas del metal, asistencia domiciliaria, hostelería, comercio, industrias cárnicas, manipulación y procesado de frutas y hortalizas, etc.), en virtud del principio de especialidad<sup>66</sup>. Es cierto que el primer criterio tiene aquí escasa posibilidad de juego, principalmente por no ser fácil que exista la dedicación a una actividad calificable de preponderante, y que el segundo no sirve para resolver el problema cuando los trabajadores cubran prestaciones de encuadre dudoso o comprendidas en el ámbito funcional de varios convenios colectivos sectoriales. Sin embargo, mejor es algo que nada. A falta de disposición legal que ordene estar a ella, la aplicación de cualesquiera más ventajosas condiciones de trabajo contenidas en el convenio colectivo que rija en la empresa cliente solo cabe si la empresa multiservicios la asume voluntariamente o a través del convenio propio.

En cualquier caso, si se pretende ordenar eficazmente la actuación de las empresas multiservicios en el mercado de trabajo y en relación con sus trabajadores externos, las medidas normativas reconociendo la legitimación de los sindicatos para negociar el convenio colectivo de empresa multiservicios y favoreciendo que los aludidos trabajadores puedan contar con representación unitaria, aunque importantes, no son suficientes. Deberían formar parte de una regulación especial que responda a la verdadera naturaleza de aquella actuación.

---

<sup>65</sup> Cfr. art. 87.1, 2 y 4 y art. 88.2 del ET.

<sup>66</sup> Encuentran fundamento en este principio aquellos convenios colectivos de sector que vienen a disponer su aplicación a los trabajadores que ocupen las empresas multiservicios en las actividades comprendidas en el respectivo ámbito funcional. Así, art. 2 del convenio colectivo estatal "del sector de industrias cárnicas", 2015-2017 (BOE de 11 de febrero de 2016: "quedan comprendidos en el ámbito funcional de este convenio los trabajadores de las empresas que desarrollen las actividades de servicios cuando los que presten a las industrias cárnicas sean los de sacrificio, despiece, deshuese, transformación o elaboración de carnes, recogida, transporte, tratamiento y transformación de subproductos animales no destinados al consumo humano, sea cual fuere su actividad principal y su forma jurídica"), art. 2 del II convenio colectivo estatal de la "industria, la tecnología y los servicios del sector del metal", 2017 [BOE de 19 de junio de 2017: "también estarán afectadas todas aquellas empresas que, en virtud de cualquier tipo de contrato, tengan varias actividades principales, de las cuales alguna esté incluida en el ámbito funcional de este convenio, siendo de aplicación el mismo a los trabajadores que realicen estas actividades"; "las empresas que por cualquier tipo de contrato desarrollen actividades del sector de forma habitual (no ocasional o accesorio), se verán también afectadas por el ámbito funcional del presente convenio aunque ninguna de esas actividades fuera principal o prevalente"], art. 1 del VI convenio colectivo marco estatal de "servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal", 2012-2013 (BOE de 18 de mayo de 2012), y art. 1 del convenio colectivo de "empresas de limpieza de edificios y locales" de la provincia de Castellón, 2015-2019 (BOP de Castellón de 14 de febrero de 2017).



La mayoría de las prestaciones que ofertan las empresas multiservicios son de servicios inmateriales; descansan esencialmente en la mano de obra, frente a la cual la aportación de elementos materiales es secundaria o marginal. Aun en los casos en que esa aportación resulta de más importancia, el coste de la adquisición y amortización o del arriendo a la empresa cliente de aquellos elementos queda muy por debajo del que corresponde, en la formación del precio del servicio, al coste de la mano de obra. Todo cuanto rodea al trabajo que entregan los trabajadores externos apunta, cuando el asunto se analiza poniendo cuidado de que lo formal no distraiga de lo sustancial (de la realidad de las cosas), a que aquél es algo más que un mero instrumento para la prestación del servicio objeto del contrato celebrado con la empresa cliente. Presenta aspectos o facetas que muestran que, aun sin constituir el propio objeto de la prestación de servicios que se compromete a realizar la empresa colaboradora, no es ajeno a él, máxime en los casos, frecuentes, en que llegan a dominar en esa prestación los elementos característicos de la descentralización productiva interna frente a los de la descentralización productiva externa, que es la típica de la subcontratación y cuya concurrencia pretende entonces justificar la empresa multiservicios poniendo el acento en cuanto pueda servir para convencer que retiene y ejerce, con plena autonomía, la organización del trabajo; a tales efectos, se suele poner el foco en la designación de un responsable destacado permanentemente en el lugar de la prestación del servicio o que visita éste con regularidad para cursar las oportunas órdenes e instrucciones a los trabajadores, como si no fuese notoria la influencia que ejerce al respecto la empresa cliente<sup>67</sup>, la cual se disimula o, incluso, hasta se niega, para alejar el peligro de la apreciación de una cesión ilícita de mano de obra.

La aludida presencia de los elementos propios de la descentralización productiva interna debería bastar para la inaplicación del régimen jurídico de la subcontratación. En rigor, las empresas multiservicios funcionan principalmente, con carácter general, como empresas de suministro de mano de obra. Aunque colaboran en operaciones de descentralización externa de las empresas clientes, semejante descentralización es tanto productiva como de mano de obra; la mayor parte de las veces más de esto último que de lo primero. Merecen ser objeto de una regulación especial que atienda a la que resulta su característica dominante: el suministro de mano de obra. Se trata de poner las cosas en su sitio; de ajustar lo que está desajustado. El ajuste pasa, no por la ilicitud y prohibición de las actividades de aquéllas, sino por la modificación del art. 43 del ET, que, como el art. 42, acusa seria obsolescencia. Se aboga, en suma, por incluir la contratación de los trabajadores externos como supuesto de cesión admitida, junto con la realizada a través de empresas de trabajo temporal, y, acaso, de aprovechar la ocasión para modificar oportunamente el apartado 2 del citado art. 43, en el sentido y a los fines que he indicado en el apartado V.2.D)<sup>68</sup>. Tal inclusión junto con las empresas de trabajo temporal no significa, ni mucho menos, que las actividades de las dos y, por lo tanto, el suministro de mano de obra que implican, sean iguales y deban tener la misma regulación.

El derecho de la Unión Europea no impide la postulada regulación especial. Cualquier Estado miembro la puede llevar a cabo respetando las exigencias de la libre prestación de servicios en relación con las empresas multiservicios establecidas en otros Estados miembros que desarrollen sus actividades en el territorio del primero<sup>69</sup>. Desde luego, sería

---

<sup>67</sup> Sobre este punto, véase *supra*, apartado V.2.D).

<sup>68</sup> Esto es, de general reconocimiento de que la empresa que externaliza tareas propias de su función productiva asume un cierto ejercicio de facultades organizativas y de control en relación con los trabajadores de las empresas colaboradoras.

<sup>69</sup> Téngase en cuenta que la Directiva 96/71/CE, que incluye entre los desplazamientos temporales de trabajadores que regula los realizados por una "empresa de suministro de mano de obra" [art. 3.c)], dispone que las "condiciones de suministro de mano de obra" o, lo que es igual, las condiciones bajo las cuales una

bueno que la Unión decidiera ejercer sus competencias normativas en materia de política social (las del art. 153. 1 del TFUE) para regular la actividad de las empresas multiservicios poniendo orden en ella y armonizando o aproximando los contenidos de las disposiciones nacionales sobre el asunto. Podría hacerlo promoviendo la conclusión de un acuerdo entre los interlocutores sociales<sup>70</sup> y, de no tener éxito tal promoción, por medio de la adopción de una Directiva. Otra opción sería la de modificar la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, para incluir en ella, cambiando su denominación, una regulación de las empresas multiservicios que, entre otras cosas, garantizase a sus trabajadores externos lo que se garantiza a los trabajadores de las empresas de trabajo temporal puestos a disposición de las empresas usuarias; esto es, el disfrute, durante el período de prestación de su trabajo para la empresa cliente, de las más ventajosas condiciones de trabajo que les corresponderían si hubieran sido contratados directamente por dicha empresa para realizar iguales labores<sup>71</sup>.

En espera de esa ansiada intervención normativa de la Unión, que es predecible que tardará mucho en producirse, bien se podría adelantar el legislador español y disponer, como mínimo, la referida igualación de condiciones y su aplicación, además de a las empresas multiservicios establecidas en España, a las establecidas en otros Estados miembros o firmantes del AEEE que desplacen a sus trabajadores externos a España, esto último haciendo uso de la facultad que confiere a los Estados miembros el art. 3.9 de la Directiva 96/71/CE.

---

empresa de suministro de mano de obra establecida en otro Estado miembro o firmante del AEEE puede operar o desarrollar sus actividades en el territorio de otro Estado miembro son las que determine este último [art. 3.1, letra d)]. Ello concuerda con lo manifestado en su "considerando" 19, según el cual aquélla no "menoscaba la aplicación por los Estados miembros de sus leyes relativas al suministro de mano de obra (...) a empresas no establecidas en su territorio pero que operen en él dentro del marco de la prestación de servicios".

<sup>70</sup> Cfr. arts. 154.4 y 155 del TFUE.

<sup>71</sup> Véase capítulo II de la Directiva 2008/104/CE.

